Der Schadensersatz durch Naturalherstellung nach bürgerlichem Recht.

(Unter Berücksichtigung der sogen. Vorteilsausgleichung.)

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Eduard Koenigsberger

aus Lissa (Prov. Posen)

Referendar am Kgl. Amtsgericht zu Posen.

Approbiert am 16. Oktober 1906.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1907.

25

Referent: Universitäts-Professor Dr. Oertmann.

Dem Andenken meines Großvaters M. Bucki
und meines Onkels Jacob Wisch.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549813_0019

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
§ 1.	1. Einleitung	1
	I. Der Schadensersatz durch Naturalherstellung (§§ 2—14).	
§ 2.	2. Terminologisches	5
§ 3.	3. Das Geltungsgebiet der Naturalherstellung	6
	4. A. Der Ersatz von Vermögensschaden durch Naturalherstellung (§§ 4—8)	
§ 4.	Welche Bedeutung hat die Formel des § 249 Satz 1: „Herstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre?“	8
§ 5.	Erscheinungsformen der wirtschaftlichen Herstellung	9
§ 6.	Inwieweit ist eine Herstellung möglich, und wann ist sie als genügend anzusehen? Physische Unmöglichkeit. — Schadensersatz durch Naturalherstellung bei Nicht- und nicht gehöriger Vertragserfüllung	11
§ 7.	Fortsetzung: Juristische Unmöglichkeit.	19
§ 8.	Fortsetzung: Die genügende Herstellung	22
§ 9.	B. Der Ersatz immateriellen Schadens durch Naturalherstellung	29
§ 10.	C. Der Schaden in der Erwerbsstellung	37
	5. Modifikationen des Ersatzes durch Naturalherstellung durch die Bestimmung.	
§ 11.	a) Des § 249 Satz 2	39
§ 12.	b) Des § 251 Satz 2	45
§ 13.	6. Die Fristsetzung des § 250	49
§ 14.	7. Die Naturalherstellung in der Gerichtspraxis	52
	II. Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatz durch Naturalherstellung (§§ 15—16).	
§ 15.	8. Allgemeines. Begründung des Problems	56
§ 16.	9. In welcher Weise vollzieht sich die Ausgleichung der Vorteile?	58
§ 17.	10. Der Ausgleich der „Überschadensbeseitigung“ bei der sogen. Verwandlung von „alt“ in „neu“	60
§ 18.	11. Das Naturalherstellungsprinzip und der § 254	64

Literaturverzeichnis.

Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß von Otto Fischer. Bd. 7. 11. Heft 1, 13. Heft 1.

Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten. I.

Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 13, 20.

Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 76, 92.

Brasserts Zeitschrift für Bergrecht. 34. Jahrg. Bonn 1893.

Brinz, Pandekten II.

Brock, Das negative Vertragsinteresse. Berlin 1902.

Code civil.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 2. Aufl. Jena 1899.

Crome, System des bürgerlichen Rechts II. 1902.

Daubenspeck, Bergrechtliche Entscheidungen des Reichsgerichts.

Dernburg, Pandekten. Bd. 2.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 2.

Deutsche Juristenzeitung 1897, 1904.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch. Kommentar. Bd. 2.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. Aufl. Berlin 1903.

Engelmann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1899.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. Marburg 1899.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 5, 11, 17, 29, 30, 38, 42, 48, 51, 53, 56, 58, 59, 60, 61.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. Bd. 2, 22.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Amtliche Ausgabe.

Gierke, Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1889.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch I. 2. Aufl. Berlin 1902.

Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. Bd. 5.

Holtzendorff, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. 6. Aufl. 1904.

Jacobi, Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach §§ 325, 326. Dissert. Erlangen 1902.

Jacubetzky, Bemerkungen zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.

Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts von Gerber und Jhering. Bd. 16, 18, 23, 46.

Juristische Wochenschrift 1890, 1892, 1893, 1896, 1903, 1904.

Kaufmann, Kommentar und Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bonn 1900.
Koehler, Umfang der Schadensersatzpflicht in Geld nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Dissert. Rostock 1900.
Kritische Vierteljahrsschrift. Bd. 46.
Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Kommentar Berlin 1899, 1903.
Litten, Die Wahlschuld im deutschen bürgerlichen Rechte. Berlin 1903.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. Berlin 1900.
Motive. Amtliche Ausgabe.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Berlin 1905.
Neumann, Jahrbuch des deutschen Rechts. Bd. 1. 1905.
Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Recht der Schuldverhältnisse. 1899, 1906.
Oertmann, Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch. Berlin 1901.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch II. 1906.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1897, 1900.
Protokolle II. Amtliche Ausgabe.
Das Recht. 1902, 1905.
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Bd. 2.
Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen II. Berlin 1903.
Romeick, Zur Technik des Bürgerlichen Gesetzbuchs. I. Fristbestimmung.
Romeick, Deutsche Juristenzeitung 1901 S. 495.
Rümelin, Gründe der Schadenszurechnung.
Das sächsische bürgerliche Gesetzbuch.
Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. München 1900.
Seufferts Archiv. Bd. 34, 39, 41, 46, 48, 54.
Spittel, Über das Verhältnis der Herstellung zum Geldersatz im Bürgerlichen Gesetzbuch. Dissert. Greifswald 1900.
Staub, Kommentar zur allgemeinen deutschen Wechselordnung. 1901.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch II. München 1906.
Steilert, Ersatz immateriellen Schadens, insbesondere nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Dissert. Rostock 1899.
Stintzing, Findet Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch statt? Leipzig 1905.
Striethorsts Archiv. Bd. 50, 100.
Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichem Recht. Leipzig 1900.
Walsmann, Die compensatio lucri cum damno. Dissert. Rostock 1900.
Weitz, Die facultas alternativa. Inaug. Dissert. Würzburg 1904.
Windscheid, Pandekten. 8. Aufl. 1900.

Einleitung.

§ 1.

Als Schaden bezeichnet man schlechthin die Einbuße, die ein Rechtssubjekt an seinen Rechtsgütern erleidet, sei es durch gänzlichen Verlust, sei es durch bloße Beschädigung eines derselben. Unser Bürgerliches Gesetzbuch kennt als Schadensarten: den Vermögensschaden, den Schaden an sogen. immateriellen Gütern und schließlich den durch besondere Bestimmungen von ihm geregelten Schaden in der Erwerbsstellung.

Bei weitem die hervorragendste Rolle spielt naturgemäß der Vermögensschaden, und zwar bedeutet „Vermögen" im Sinne des Schadensersatzrechts mehr als den „Inbegriff der geldwerten Rechte und ebensolchen Pflichten eines Rechtssubjekts", also Vermögen gemeinhin im juristischen Sinne; da nämlich der Schaden alle wirtschaftlichen Interessen ergreift, deren begriffliche Begrenzung im Verhältnis zu jenem aber bei weitem umfassender ist, so ist auch der Begriff „Vermögen" hier in diesem weiteren, wirtschaftlichen oder nationalökonomischen Sinne zu verstehen.[1])

Hat eine schädigende Einwirkung auf ein Rechtsgut stattgefunden, so erscheint als Resultat regelmäßig nicht die durch dieselbe unmittelbar hervorgerufene Beeinträchtigung; vielmehr löst der schadenbringende Umstand, das schadenbringende Ereignis gewöhnlich eine Reihe weiterer Wirkungen, neuer Einflüsse aus, die zu jenen und weiterhin wieder in ihrer gegenseitigen Beziehung zueinander im Verhältnis von Ursache und Wirkung, im sogen Kausalzusammenhange stehen.

Hierdurch kennzeichnet sich die außerordentliche Bedeutung, welche die „Kausalität des Geschehens" sowohl für die Betrachtung

[1]) vgl. Fischer, Der Schaden, in Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß Bd. 7 § 2 S. 7 ff.; Walsmann, Die compensatio lucri cum damno, Rostock 1900, S. 38.

des Schadens als solchen, als auch für die seiner Beseitigung gewinnt; denn dadurch, daß sie den Umfang des Schadens bestimmt, entscheidet sie implizite auch über den Umfang des Schadensersatzes, der ja, wie schon das Wort sagt, einen Ausgleich eben für jenen Schaden schaffen will. Der Schadensersatz muß also, wenn er seiner Bestimmung gerecht werden will, alle Wirkungen, soweit sie mit der ursprünglichen nachteiligen Veränderung in ursächlichem Zusammenhang stehen, aus dem Wege zu räumen suchen. Wie er über dieses Ziel nicht hinausgehen, den Beschädigten also nicht bereichern darf, so darf er es auch bei jener Beschränkung nicht bewenden lassen.[1])

Wenn es nun auch über unsere Kraft geht, Wirkungen, wie sie sich aus ehedem bestandenen Tatsachen entwickelt haben, für die Vergangenheit rückgängig zu machen, denn „Geschehenes läßt sich einmal nicht mehr ungeschehen machen", so können wir es in der Regel doch verhindern, daß einmal der Kreis dieser nachteiligen Wirkungen in der Gegenwart und für die Zukunft sich erweitert, können ferner für die entstandene Lücke ein mehr oder minder vollkommenes „Füllsel" schaffen.

Und zwar bieten sich hierfür zwei Wege. Der eine zielt darauf hin, einen Zustand zu schaffen, wie er jetzt oder in Zukunft bestehen würde, wenn der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, hat also eine konkrete Ausfüllung der entstandenen Lücke als Endziel: das ist das von unserem Gesetzbuche mit „Herstellung" bezeichnete Verfahren.

Der andere Weg dagegen verfolgt einen Ausgleich der verletzten Interessen in Geld. Diese werden geschätzt und eine Summe in der hiernach berechneten Höhe an den Verletzten gegeben (die sogen. „Äquivalentfunktion" des Geldes).[2])

Während nun das römische Recht[3]) dem Geldersatz einmal seiner Praktibilität, sodann auch wegen der eigentümlichen Art seines Prozesses — omnis condemnatio est pecuniaria — den Vorzug gab[4]), hat das deutsche Recht einmal der allgemeinen Geldknappheit

---

[1]) Fischer, Der Schaden S. 4, 155.

[2]) vgl. Jherings Jahrb. für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen PrivR. Bd. 18 S. 51 ff.

[3]) Fischer S. 158 ff., 160.

[4]) Daß sie ihm bekannt war, beweist l. 9 pr. Dig. loc. cond. 19, 2.

wegen,[1]) insbesondere wohl aber, weil dies der Naturalwirtschaft der Germanen eher entsprach, das Prinzip der Naturalherstellung in den Vordergrund gestellt.

Das neuere gemeine Recht, das preuß. Landrecht, das österr. und sächs. Bürgerliche Gesetzbuch und der code civil[2]) haben ebenfalls die „Herstellung" als Form des Schadensersatzes an erster Stelle normiert.

Für das erstere ist es allerdings bestritten worden,[3]) die herrschende gemeinrechtliche Theorie und auch die Praxis der Gerichte bekennen sich jedoch zweifellos zu dieser Ansicht.[4])

Als der § 219 des 1. Entw. zum BGB. die Regelung der Schadensersatzfrage in gleichem Sinne vorschlug, so daß also an erster Stelle „Herstellung" und nur subsidiär Ersatz in Geld gewählt werden sollte, machte Degenkolb[5]) eine Reihe von Bedenken hiergegen geltend.

Er bestritt die Richtigkeit des in den Motiven[6]) aufgestellten Satzes, daß die Naturalherstellung die Natur der Sache für sich habe und der Rechtslogik entspreche, er erhob ferner Einwendungen aus praktischen und gesetzestechnischen Gründen: die Naturalherstellung verwische die Grenze zwischen Schadensersatz-, Rechtsverfolgungs-, Erfüllungs- und Bereicherungsansprüchen.

Degenkolb[7]) sprach sich in erster Reihe dafür aus, gar keinen allgemeinen Grundsatz für die Regelung der Schadensersatzpflicht aufzustellen, eventualiter die Individualisierung nicht durch des Gesetz, vielmehr nach dem Beispiel des schweizerischen Obligationenrechts,[8]) durch das Gericht vornehmen zu lassen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch ist, wenn es auch einzelne der

---

[1]) Brunner in Holtzendorffs Enzyklopädie der Rechtswissenschaft 1904 S. 175 § 2.

[2]) vgl. ALR. I, 6 § 79; österr. BGB. § 1323; sächs. BGB. § 687; code civil art. 1382.

[3]) Degenkolb im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 76, 10; Brinz, Pand. II S. 36.

[4]) Windscheid II § 275 A. 6; Dernburg II § 44; Entsch. d. ROHG. Bd. 22 Nr. 44; Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 11 S. 266, Bd. 17 S. 112; Seuff. Arch. Bd. 48 Nr. 88.

[5]) Degenkolb l. c. § 10 ff.

[6]) Mot. II S. 20.

[7]) Degenkolb S. 49, 50.

[8]) Art. 82.

von Degenkolb gerügten Mängel beseitigt hat, von dem im § 219 des Entwurfs festgelegten Prinzip nicht abgewichen. Es hat also als primäre Form des Schadensersatzes die Naturalherstellung normiert, dem Geldersatz dagegen eine nur subsidiäre Stellung eingeräumt (vgl. § 249 u. § 251 des BGB.).

Und das unseres Erachtens mit vollem Recht! — Vor allem aus dem Grunde, weil es sich hiermit auf den Boden derjenigen der beiden in der Wissenschaft vertretenen Betrachtungsweisen des Schadens gestellt hat, die, weil sie den Begriff des Schadens am klarsten zum Ausdruck bringt und dem Wesen seines Ersatzes am ehesten gerecht wird, entschieden den Vorzug vor der anderen verdient.[1]) Denn nur im Verfolg der Anschauung, daß als Schaden die „konkrete Einbuße“ anzusehen ist, wie sie sich als die natürliche Folge eines jeden Schädigungsprozesses darstellt (sogen. „konkrete Schadenstheorie“), konnte es zu der in erster Linie statuierten Herstellungspflicht gelangen, während wenn es in dem Schaden nur die sich aus der Subtraktion des jetzigen Vermögensstandes des vom Schaden Betroffenen von seinem ursprünglichen ergebende Differenz, eine reine Wertgröße gesehen hätte (daher „abstrakte“ oder „Differenztheorie“ genannt),[2]) die Lösung im entgegengesetzten Sinne hätte finden müssen.

Denn für eine Herstellung bietet diese Theorie, wie einer ihrer Vertreter, Eichhoff,[3]) ausdrücklich zugestanden hat, keinen Raum.

Wenn der Herstellung gegenüber der Geldersatz als das praktischere, den individuellen Bedürfnissen mehr entgegenkommende Verfahren bezeichnet wird, so soll dies für den Regelfall nicht geleugnet werden. Andrerseits gibt es aber auch wiederum Fälle, in denen die Herstellung dem praktischen Bedürfnis ebensogut und besser, ja manchmal sogar einzig und allein gerecht wird, so, wenn das Schadensresultat[4]) sich in der ersten Verletzung erschöpft oder

---

[1]) vgl. Oertmann § 2 seiner Monographie: „Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch“, Berlin 1901; ferner derselbe im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 20 S. 80 ff.; Walsmann, Compendatio lucri cum damno, Rostock 1900, cap. I.

[2]) So Degenkolb a. a. O.

[3]) vgl. Eichhoffs Zitat bei Oertmann S. 229, bei Fischer S. 221.

[4]) vgl. Köhler, Anfang der Schadensersatzpflicht in Geld nach dem BGB., Rostock 1900, S. 18.

die entstandenen Folgen wegen ihrer Geringfügigkeit außer Betracht bleiben können, ferner, wenn überhaupt kein Vermögensschaden entstanden ist; geradezu wertlos würde der Geldersatz beispielsweise für denjenigen sein, der durch Vernichtung einer Urkunde geschädigt worden ist und nur an deren Reproduktion ein Interesse hat.

Schließlich kann es sich, nachdem das Bürgerliche Gesetzbuch sich in den §§ 249 ff. auf das Prinzip der Naturalherstellung einmal festgelegt hat, erübrigen, weitergehende Erörterungen über dessen Zweck- oder Unzweckmäßigkeit anzustellen.

An uns ist es vielmehr, dasselbe zur Anwendung zu bringen, und auf diese Weise dem Willen des Gesetzgebers Geltung zu verschaffen!

I. Der Schadensersatz durch Naturalherstellung (§§ 2—14).

§ 2.

2. Terminologisches.

Was die Terminologie anlangt, welche sich in der Literatur für die im § 249 Satz 1 des BGB. normierte Schadensersatzart findet, so müssen nach dessen außerordentlich präziser, die Wirkung der Kausalität besonders kennzeichnenden Fassung des Gesetzes[1]) die Bezeichnungen wie „Wieder"herstellung eines Zustandes, Herstellung des „früheren" Zustandes usw. a priori als unrichtig bezw. ungenau abgelehnt werden.[2])

Denn „hergestellt" soll ein Zustand werden, nicht wie er gewesen ist vor dem schädigenden Ereignis oder genauer gesagt zur Zeit als das schädigende Ereignis eintrat — nur auf einen solchen aber träfen die oben erwähnten Bezeichnungen zu —, sondern wie er jetzt oder in Zukunft bestehen würde, wenn der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.

---

[1]) Stintzing, Findet Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch statt? Leipzig 1905, S. 38.

[2]) Die durch Stintzing geschehene Bemängelung desselben ist gegenstandslos; die von ihm vorgeschlagene Fassung unterscheidet sich von der des Gesetzes re vera in nichts.

Wir werden unten noch Gelegenheit haben zu zeigen, welch fataler Irrtum durch die Verwechslung dieser Bezeichnungen, wenn auch vielleicht nicht hervorgerufen, so doch wesentlich begünstigt worden ist.

Der Unterschied der Fassungen wird insbesondere dann deutlich, wenn der gesamte nachteilige „Einwirkungskomplex“ des schädigenden Ereignisses „konkreter“ Natur gewesen ist, d. h. wenn das Ereignis Folgen ausgelöst hat, die in einer konkreten Form zutage treten, der Ausgleich derselben also nicht durch Herstellung des früheren Zustandes plus Geld zu geschehen braucht, vielmehr durch Schaffung eines neuen, jene Folgen mitumfassenden konkreten Zustandes geschehen kann.

Hierzu folgendes Beispiel:

X hat im Jahre 1900 99er Rheinwein gekauft und ihn in seinem Keller zur Ablagerung aufbewahrt. Sein Kellermeister Y bestiehlt ihn sogleich um einige Fässer. X bemerkt den Diebstahl erst 1904, als er seinen Bestand revidiert. Er verlangt nunmehr von Y Schadensersatz. Würde dieser nur den „früheren“ Zustand „wieder“herzustellen haben, so brauchte er nur kaum jährigen, sauren Wein zu liefern. Er hat aber nicht „wieder“her- sondern herzustellen und fünfjährigen Wein derselben Marke als Ersatz zu liefern.

Von den allgemein üblichen Bezeichnungen wird demnach nur einmal die vom Gesetz im § 251 gewählte „Herstellung“ oder „Naturalherstellung“, schließlich, insofern bei ihr Schaden als Objekt zu denken ist, „Naturalreparation“ der Formulierung und dem Sinne des § 249 Satz 1 in vollem Umfange gerecht.

Fällt die Wiederherstellung des früheren Zustandes auch tatsächlich mit der „Herstellung“ im Sinne des Gesetzes, und zwar ganz oder teilweise zusammen, so stellt sie doch eben nur eine Erscheinungsform der letzteren dar.

§ 3.

3. Das Geltungsgebiet der Naturalherstellung.

Die im § 249 für das Bürgerliche Gesetzbuch normierte Naturalherstellung findet Anwendung in allen Fällen, in denen die neben ihm geltenden Reichsgesetze ebenso wie die durch des Ein-

führungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch[1]) aufrechterhaltenen Landesgesetze eine Schadensersatzpflicht statuieren.

So heißt es in einer vor 1900 ergangenen börsenrechtlichen Entscheidung des Reichsgerichts (Bd. 46 S. 87): „Wenn in einem Reichsgesetze eine Schadensersatzverbindlichkeit angeordnet ist, so liegt daran an sich noch keine Bestimmung über die Art und Weise des Ersatzes, sondern diese regelt sich nach den allgemeinen, die Materie betreffenden Rechtsgrundsätzen;[2]) vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches war also das Landrecht — in Preußen die Bestimmung des § 79 Teil 1 Tit. 6 maßgebend —, seit seinem Inkrafttreten ergo gilt die in den §§ 249 ff. desselben getroffene Regelung.

Das Prinzip der Naturalherstellung gilt mit Ausnahme der wenigen Fälle, die durch Sonderbestimmungen, wie z. B. in den §§ 557, 597, 843—845 des BGB. geregelt sind, in allen Fällen, in denen eine Verpflichtung zur Schadensersatzleistung besteht, mag dieselbe auf einem Tun oder Unterlassen beruhen, dieses beides wiederum den allgemeinen Grundsätzen der §§ 276 ff. BGB. entsprechend ein Verschulden des Beschädigers zur Voraussetzung haben oder aber ohne das Erfordernis eines solchen mit gewissen Tatbeständen von Gesetzes wegen verknüpft sein, d. h. die Fälle der sogen. objektiven Schadensersatzpflicht oder „Gefährdungshaftung".[3])

Es gilt in allen diesen Fällen sowohl für das damnum emergens, die bereits erlittene Vermögenseinbuße, wie für das lucrum cessans, den entgangenen Gewinn, für das positive wie für das negative Vertragsinteresse (vgl. hierzu die beifallswerten Ausführungen Brocks[4]) im Schlußkapitel seiner Monographie „Das negative Vertragsinteresse" über das Verhältnis unseres Prinzips zum letzteren).

Wir wollen ein Beispiel für den Naturalersatz des lucrum cessans geben: A war mit der B verlobt, hatte aber die Verlobung aus nichtigen Gründen gelöst; die B hatte in Erwartung der Ehe ihre Stellung aufgegeben, wodurch ihr neben dem Verlust des Gehaltes für die Zwischenzeit — d. i. der sogen. positive Schaden —

---

[1]) Art. 4, 32 des EG. z. BGB.

[2]) vgl. JurW. 1892 S. 226, 1893 S. 109; RGE. Bd. 30 S. 250.

[3]) vgl. Rümelin, Gründe der Schadenszurechnung.

[4]) Brock, Das negative Vertragsinteresse, Berlin 1902.

auch die üblichen Gratifikationen, z. B. zu Weihnachten, beim Bilanzabschluß usw. entgangen sind. Hierfür kann sie nun den A in der vollen Höhe des ihr entgangenen Betrages haftbar machen; durch seine Leistung stellt A dann in bezug auf das lucrum cessans den „Zustand her, der bestehen würde, wenn der schädigende Umstand nicht eingetreten wäre" (vgl. hierzu im übrigen unten § 10).

Beispiele für die Naturalreparation des negativen Vertragsinteresses s. ferner bei Düringer-Hachenburg und Fischer.[1])

Letzterer führt folgenden Fall an: X bevollmächtigt den Y im Scherz. Y, der den Mangel der Ernstlichkeit nicht erkennen konnte (§ 118 BGB.), hat auf Grund dieser vermeintlichen Vollmacht mit einem Dritten ein Geschäft kontrahiert. X haftet demzufolge jetzt dem Y auf „Schadloshaltung für die dem Pseudobevollmächtigten nach § 179 Abs. 2 BGB. obliegende Verpflichtung zum Ersatz des negativen Vertragsinteresses des Dritten".

4. A. Der Ersatz von Vermögensschaden durch Naturalherstellung (§§ 4—8).

§ 4.

Welche Bedeutung hat die Formel des § 249 Satz I: „Herstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre?"

1. Interpretiert man sie unter strikter Beobachtung ihres Wortlautes, so kann kaum ein Zweifel darüber aufkommen, daß der Gesetzgeber, wenn er von „Herstellung" spricht, die Schaffung eines Zustandes im Auge gehabt hat, der physisch demjenigen gleicht, der jetzt bestehen würde, wenn der Schaden nicht eingetreten wäre. Zu diesem Schlusse führt insbesondere die im § 251 Abs. 1 gegebene Bestimmung: „Soweit die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist, hat der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen."

2. Würde der Gesetzgeber nämlich eine andere, die wirtschaftliche Herstellung im Auge gehabt haben, so würde er auf das weitere Erfordernis, daß eine solche „Herstellung" auch „genügend"

[1]) Düringer-Hachenburg, Das HGB., Komm., Bd. 2 S. 68; Fischer S. 119, 120.

sein müsse, haben verzichten können; denn von einer wirtschaftlichen Herstellung, die nicht genügend wäre und deren Mangelhaftigkeit durch Geldersatz ausgeglichen werden könnte, kann füglich nicht gesprochen werden, und es ist Fischer[1]) darin beizutreten, wenn er sagt: „entweder ist die wirtschaftliche Naturalherstellung möglich, dann ist sie auch immer genügend, oder aber sie ist eben unmöglich!“

3. Ein weiteres Argument dafür, daß im Gesetz an eine „faktische“ Herstellung gedacht ist, bietet der § 249 Satz 2 BGB.,[2]) der, wie später näher besprochen werden wird, nicht den technischen Fall des „Geldersatzes“, sondern lediglich eine Form der wirtschaftlichen Rehabilitation des Geschädigten enthält.

Insofern diese letztere nun aber als Ausnahme besonders hervorgehoben wird, liefert die angezogene Bestimmung e contr. Beweis für unsere Behauptung.[3])

4. Allein wir werden bei dieser Interpretation nicht stehen bleiben dürfen. Andernfalls würden wir die Bestimmung des § 249 Satz 1 „nahezu gegenstandslos“ machen.

Um zu einem praktisch auch einigermaßen befriedigenden Resultat zu gelangen,[4]) werden wir vielmehr als „Herstellung“ einen Zustand dann gelten lassen müssen, wenn er seiner Art und seinem Werte nach demjenigen gleichkommt, der ohne das schädigende Ereignis bestanden haben würde, der den Geschädigten also wirtschaftlich rehabilitiert.[5])

§ 5.

Erscheinungsformen der wirtschaftlichen Herstellung.

1. Als die vollkommenste Form der wirtschaftlich äquivalenten Herstellung erscheint beim Verlust oder der Beschädigung einer Gattungssache die Leistung eines Exemplars derselben Gattung.

---

[1]) Fischer S. 167.

[2]) vgl. unten § 11.

[3]) Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse, München 1900, Anm. 2 zu § 249.

[4]) Beispiele s. unten §§ 15 ff.

[5]) vgl. Planck Anm. 2c zu § 249; Oertmann Anm. 2 zu § 249; Staudinger Anm. 3 zu § 249; Kaufmann, Komm. und Institutionen des BGB., Bonn 1900, S. 32; Matthiaß, Lehrb. des bürgerl. R., Berlin 1900, S. 543.

Planck und die Protokolle[1] vertreten merkwürdigerweise einen von diesem abweichenden Standpunkt: schwerlich dürfte aber wohl eine natürlichere und in ihrer Wirkung vollkommenere Reparation denkbar sein, als diejenige, die darin besteht, daß etwa eine zerschlagene Fensterscheibe, ein beschmutzter Bucheinband durch gleiche neue ersetzt werden. Das Verlangen nach Ausbesserung billiger, fabrikmäßig hergestellter Ware würden wir geradezu als schikanöses ansehen und einem darauf abzielenden Klageanspruch keineswegs stattgeben[2]).

2. Eine besonders bemerkenswerte Form der wirtschaftlichen Herstellung bildet die sogen. Exnexuation des Ersatzgläubigers.[3])

Ein Schaden kann nämlich in der Weise entstehen, daß der letztere eine Verpflichtung mit einem Dritten kontrahiert, alsdann „id ei abest", wie es treffend in dem fr. 28 de neg. gest. 3, 5 heißt, „in quo obligatus est."[4])

Hieraus entspringt nunmehr für den Ersatzschuldner die Pflicht, seinen Gläubiger von dieser Verbindlichkeit zu befreien, wobei es keineswegs Voraussetzung ist, daß der Gläubiger des Ersatzberechtigten seine Forderung gegen letzteren bereits geltend gemacht hat. Schon im bloßen Bestehen der Obligation ist der Schaden zu erblicken; infolgedessen ist auch nicht bloß ein Anspruch auf Sicherstellung begründet.[5])

Dadurch, daß der Ersatzschuldner seinen Gläubiger liberiert, stellt er ihn wirtschaftlich so, wie er gestanden hätte, wenn der Schaden, die Kontrahierung der Schuld, nicht eingetreten wäre: so der Vermieter, wenn er die Rechnung des Hotelwirtes auf sich zieht, bei welchem der Mieter, dem die Wohnung nicht zur rechten Zeit zur Verfügung gestellt war, Unterkunft gesucht hat, so der Verletzte, wenn er mit Bezug auf Arzt und Apotheker ein gleiches tut.

3. Wie schon erwähnt worden ist, stellt auch der Satz 2 des § 249 BGB. eine Form wirtschaftlicher Naturalherstellung dar.

Die Bestimmung gilt für die Fälle, in denen der Schaden in

---

[1]) Planck Anm. 2c zu § 249; Prot. I S. 296.

[2]) Enneccerus-Lehmann, Das bürgerl. Recht. Marburg 1899. S. 374.

[3]) Endemann I S. 564 Anm. 23; Rehbein, Das BGB. mit Erläuterungen, Berlin 1903, II S. 50; Fischer S. 182 ff.

[4]) vgl. Seufferts Archiv Bd. 39 Nr. 198.

[5]) Seufferts Archiv eod. Nr. 199.

einer Körperverletzung — hierzu wird man schließlich wohl aber alle Fälle der Gesundheitsbeschädigung (§ 223 StGB.) zu rechnen haben — oder in einer Sachbeschädigung besteht.

Über die Bestimmung als solche vergleiche deren ausführliche Besprechung unten im § 11.

Daß es sich hierbei nicht um eine Ausnahme von der Herstellung zugunsten des Geldersatzes handelt, wie von einigen Schriftstellern [1]) behauptet wird, beweist einmal rein äußerlich schon die absatzlose Aneinanderfügung der beiden Sätze im Paragraphen, in deren ersterem das Prinzip enthalten ist, es beweist es ferner aber auch der Umstand, daß dieser „Geldbetrag" mit dem „Ersatz in Geld" nicht übereinzustimmen braucht, indem bald der eine, bald der andere einen größeren Aufwand beanspruchen kann. Die dem Ersatzberechtigten nach § 249 Satz 2 zu gewährenden Beträge sind lediglich Mittel des Schadensbeseitigung: „Herstellungsaufwand". [2])

4. Faktische und wirtschaftliche Herstellung können zusammenfallen. Das ist auch an sich ganz natürlich; denn wenn ein Zustand herstellbar ist, der faktisch bezw. physisch dem gleicht, der bestehen würde usw., so wird er den Gläubiger in der Regel auch wirtschaftlich rehabilitieren, so z. B. wenn der Dieb die gestohlene Sache, der Kassierer den unterschlagenen Pfandbrief zurückgibt, letzterenfalls natürlich einschließlich der dazugehörigen Zinsscheine, deren Fehler ja eine Vermögensminderung für den Eigentümer bedeuten würde.

§ 6.

Inwieweit ist eine Herstellung „möglich" und wann ist sie als „genügend" anzusehen? — Physische Unmöglichkeit der Naturalherstellung — Schadensersatz durch Naturalherstellung bei Nicht- und nicht gehöriger Vertragserfüllung?

1. Die hier zunächst gestellte Doppelfrage rechtfertigt sich im Grunde genommen (vgl. oben S. 8, 9) nur vom Standpunkte des Gesetzgebers, der, wie wir schon ausgeführt haben, an eine

[1]) vgl. Cosack, Lehrb. des bürgerl. R. 2. Aufl., Jena 1899, I S. 139b; Endemann I § 128, 2b.

[2]) vgl. Oertmann S. 236.

faktische, physisch gleiche Herstellung gedacht hat. Für uns, die wir im Interesse einer praktischen Verwertbarkeit des Naturalherstellungsprinzips den Begriff erweitert haben, indem wir jede wirtschaftliche Rehabilitation des Geschädigten als „Herstellung" ansehen, fällt sie an sich in eine einzige zusammen.

Da doch aber immerhin Fälle wirklicher faktischer Naturalherstellung denkbar sind, für welche diese Vorschrift nun doch zunächst einmal gegeben ist, haben wir uns, des rechten Wegs bewußt, der Formulierung des Gesetzes angeschlossen.

2. Degenkolb[1]) hat in seiner Polemik gegen den 1. Entw. der früheren Praxis den Vorwurf gemacht, daß die Unmöglichkeit, um derentwillen die Gerichte anstandslos Geldersatz zubilligen, in zahlreichen Fällen — und Degenkolb belegt das mit einer Anzahl von Beispielen — „nicht sowohl eine erkannte, als vom Gericht gesetzte Unmöglichkeit" gewesen sei.[2])

Die künftige Praxis wird deshalb ganz besonders ihr Augenmerk hierauf zu richten haben, wenn anders sie nicht Prinzip und Ausnahme in ihr Gegenteil verkehren will.

Sie wird deshalb bei der Bestimmung der Möglichkeit der Herstellung nicht engherzig verfahren, deren Spielraum vielmehr nur dort einschränken dürfen, wo Rücksicht auf Treue und Glauben dies mit dringender Notwendigkeit gebietet.[3])

3. Die Antwort auf die erste der in unserer Überschrift gestellten Fragen wird nun dahin zu lauten haben: die Herstellung ist so weit möglich, als ihr weder physische noch juristische Hindernisse entgegenstehen.

Was die physischen Mittel des Schuldners zur Bewirkung der Naturalherstellung anlangt, so bestehen für dieselben nur die Beschränkungen der §§ 251 Abs. 2 und 250 Satz 2.

Die in dem erstzitierten Paragraphen enthaltene Bestimmung erübrigt eine im bisherigen Recht in derartigen Fällen[4]) angewandte Fiktion der Unmöglichkeit der Naturalreparation. Er gestattet nämlich dem Schuldner, wenn die Herstellung nur mit unverhältnismäßigen, d. h. vom wirtschaftlichen Standpunkte aus unzweckmäßigen Mitteln erreichbar ist, den Gläubiger in Geld zu ent-

---

[1]) Degenkolb S. 43 ff., 81.
[2]) Degenkolb S. 58/59.
[3]) vgl. Seufferts Archiv Bd. 45 S. 282.
[4]) vgl. Striethorsts Archiv Bd. 100 S. 319 ff.

schädigen; ich brauche also nicht etwa die recht kostspielige Ausschöpfung des Brunnens vornehmen zu lassen, in den ich einen fremden Trinkbecher habe fallen lassen, um ihn dessen Eigentümer restituieren zu können; ich kann mich vielmehr durch Wertersatz — oder Lieferung eines anderen Bechers — befreien.[1])

Die andere von uns angezogene Gesetzesbestimmung enthält die Fiktion der Unmöglichkeit der Herstellung im Falle ihrer nicht rechtzeitigen Vornahme.

Ist nämlich die dem Schuldner vom Gläubiger gesetzte angemessene Frist zur Bewirkung der Naturalherstellung verstrichen, ohne daß die letztere geleistet worden ist, so gilt der Anspruch auf dieselbe als erloschen („der Anspruch auf die Herstellung ist ausgeschlossen").

Von diesen beiden Ausnahmen abgesehen wird sich die Entscheidung der Frage nach der Möglichkeit bezw. Unmöglichkeit der Herstellung nach den in den §§ 275 ff. für die Unmöglichkeit einer Leistung im allgemeinen gegebenen Grundsätzen zu richten haben.

4. Wir haben demnach mit dem Gesetz zu unterscheiden zwischen einer Unmöglichkeit der Leistung und dem bloßen Unvermögen des Schuldners zur Leistung (§ 275 BGB.).

Die erstere sogen. objektive Unmöglichkeit liegt dann vor, wenn die geschuldete Leistung weder jetzt noch später von irgend jemand erbracht werden kann — vgl. jedoch auch Seufferts Archiv Bd. 45 S. 282 — also generell unmöglich ist. Das Unvermögen des Schuldners, die sogen. subjektive Unmöglichkeit, ist dagegen nur eine in den persönlichen Verhältnissen des Schuldners begründete. Wäre ein anderer gegenwärtig Schuldner der Leistung an seiner Statt, so würde sie erbracht werden können: „alii possibile esset l. 137, 5 D. de verb. obl. 45, 1". Eine subjektiv unmögliche Leistung ist deshalb begrifflich immer noch möglich.[2])

Daher wird auch der Ersatzschuldner durch subjektive Unmöglichkeit der Naturalherstellung noch nicht befreit, darf sich

---

[1]) vgl. unten § 12.

[2]) Planck Anm. 5 zu § 280; Schollmeyer Note 2 zu § 280; Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem BGB. 1900 S. 126; Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB., in Fischers Abhandlungen zum PrivR. und Zivilprozeß Bd. 7 S. 124.

derselben durch Geldersatz also auch nicht entziehen. Handelt es sich bei der Herstellung z. B. um die Gewährung einer Sache, über welche dem Schuldner zurzeit keine Verfügungsgewalt zusteht, so genügt die Möglichkeit der Behebung dieses Hindernisses — sei es, daß er sie durch Kauf, Erbschaft usw. erlangen kann, sei es, daß der Dritte, der sich in ihrem Besitz befindet, für ihn einspringt —, um dem Gläubiger ein auf Naturalherstellung lautendes Judikat nicht zu versagen.[1])

Ja, er muß diesen Weg sogar einschlagen, einmal, um sich durch die Zwangsvollstreckung in zweifelsfreier Weise davon zu überzeugen, daß der Schuldner die Sache tatsächlich nicht besitzt, andrerseits, um einer Verjährung seines Anspruches wirksam vorzubeugen.[2])

Insoweit ist es also auch zulässig, daß ein Urteil, was es sonst niemals darf, auf eine unmögliche Leistung gerichtet wird.

Das Bedenken Kischs[3]) gegen die Auffassung der trotz vorhandenen Unvermögens des Schuldners auf den ursprünglichen Inhalt gerichteten Klage als Ersatzklage: Der Gläubiger müßte letzterenfalls für die Unmöglichkeit beweispflichtig sein – erscheint uns aus dem Grunde hinfällig, weil der Schuldner schon auf Grund des abgeschlossenen Vertrages zur Leistung in natura verpflichtet ist, der Leistungsinhalt sich also in diesem Punkte in nichts geändert hat.

Infolgedessen wird es überhaupt dahingestellt bleiben können, ob Unvermögen vorliegt, der Gläubiger demnach auch von der Beweislast zu entbinden sein.[4])

Diese Anschauung von der Einflußlosigkeit des Unvermögens des Schuldners, also der sogen. subjektiven Unmöglichkeit der Herstellung, wird in der Literatur allgemein anerkannt.

Ganz anders dagegen verhält es sich bei der objektiven Unmöglichkeit.

---

[1]) Kleineidam S. 3ff.; Kisch S. 124; Oertmann § 250 Nr. 4; Planck u. Schollmeyer l. c. Seufferts Arch. Bd. 34 S. 291.

[2]) vgl. Seufferts Arch. Bd. 45 S. 399.

[3]) Kisch S. 123.

[4]) vgl. Jacobi, Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach §§ 325, 326 S. 41, Erlangen 1902; vgl. Staudinger Anm. 2a zu § 280.

Hier hält die herrschende Meinung,[1]) wenn die Herbeischaffung des ursprünglichen Gegenstandes, die Erbringung der ursprünglichen Leistung unmöglich ist, eine Naturalreparation für ausgeschlossen.

Mag diese Ansicht nun auch unbestritten für den Regelfall zutreffen — eine zerstörte Speziessache, eine zerrissene Menzelsche Radierung ist nicht wiederherstellbar —, so darf sie ausschließliche Geltung doch nicht für sich beanspruchen. Die Schriftsteller, die die letztere Ansicht vertreten, befinden sich über das Verhältnis von Ursache und Wirkung im Irrtum, die sie miteinander verwechseln. Und nicht zum wenigsten leistet diesem Irrtum die anfangs (vgl. § 2) gerügte falsche Terminologie Vorschub.

Verfolgt man nämlich — und hierin schließen wir uns Fischer[2]) an, der zwar gleichfalls die richtige Terminologie nicht immer inne hält, jenem Irrtum aber entgangen ist — die „Wirkungen bis in die entferntesten Kreise, welche ein Schadensereignis zieht, so kann man manchenfalls bemerken, daß der direkte Schaden bereits in einem baren Vermögensverlust besteht, ohne daß es einer Umrechnung konkreter Verluste in Geld bedarf".

Zur Illustration verweisen wir auf das eingangs im § 2 angeführte Beispiel, dem wir noch ein weiteres hinzufügen wollen.

Der Balkon im Grundstück des A ist baufällig; A vereinbart mit dem Baumeister X die Übernahme der zur Erhaltung desselben erforderlichen Arbeiten. X kommt jedoch in Verzug, er läßt auch eine ihm gesetzte Nachfrist ungenutzt verstreichen, währenddessen, wie die Baupolizei feststellt, sich der Balkon erheblich gesenkt hat. Noch ehe A einen anderen Baumeister besorgen kann, stürzt der Balkon in die Tiefe und richtet Unheil an.

Der Schaden, der zunächst durch das säumige Verhalten des X entstanden war, bestand in dem „Sichsenken des Balkons", das sein Verzug zweifellos verschuldet hat; durch Anbringung von Trägern hätte er ihn sichergestellt. Dieser Schaden ist nun an sich naturaliter nicht mehr reparabel.

Indessen kommt es hierauf auch gar nicht mehr an, vielmehr muß die endgültige Wirkung in Betracht gezogen werden, die jenes

---

[1]) Oertmann, Anm. 3 zu § 283; Planck Anm. 2c zu § 249, Anm. 3 zu § 280; Schollmeyer Anm. 2c zu § 280; Staudinger Anm. 2a zu § 280; Kisch S. 122 u. a.; RG. Bd. 61, 354.

[2]) Fischer S. 196.

schadenbringende Ereignis, der Verzug des X, zur Folge hatte, und diese besteht in dem Herabstürzen des ganzen Balkons, der Beschädigung der Menschen usw. Dieser Schadenskomplex hingegen läßt sich wohl in natura wieder ausgleichen: indem nämlich der Baumeister den Balkon wieder aufbaut — wegen der event. Zwangsvollstreckung vgl. § 887 ZPO. — und die Kosten der durch den Absturz Verletzten übernimmt, stellt er einen Zustand her, wie § 249 ihn fordert.

6. Durch die oben angeführten Beispiele haben wir bereits auch unsere Stellung zu der Frage gekennzeichnet, ob und inwieweit wir eine Schadensbeseitigung nach § 249 BGB. bei Nicht- bezw. nicht gehöriger Erfüllung von Verträgen für zulässig bezw. für möglich halten. Es sei uns gestattet, zur Vermeidung von Wiederholungen die Erörterung dieser Frage hier sogleich anzuknüpfen.

Eine Reihe von Kommentatoren und sonstigen Schriftstellern, neuestens sogar auch die Judikatur des Reichsgerichts[1]) ist zwar der Ansicht, daß ein solcher durch Nicht- bezw. nicht gehörige Erfüllung — z. B. Verzug — hervorgerufener Schaden, resp. die aus demselben entstehende Pflicht zum Ersatz desselben nicht wieder eine reine Erfüllung zum Gegenstande haben dürfe. Daß aber die Schadensbeseitigung nach § 249 wieder zur Erfüllung führt, wenigstens dazu führen kann, kann nach der dort aufgestellten Formel keinem Zweifel unterliegen.[2]) Der Mangel der Erfüllung wird durch eben diese wettgemacht.

7. Diejenigen, denen nicht überhaupt eine Begründung ihrer Ansicht überflüssig erscheint, verweisen als Stütze für dieselbe auf die §§ 179, 283, 326 BGB., in welchen der Gegensatz von Erfüllung und Schadensersatz deutlich hervortrete.

Nach § 179 BGB. wird der Pseudovertreter dem anderen Teil nach dessen Wahl zur Erfüllung oder zum Schadensersatz verpflichtet. Im § 283 (und ganz ähnlich im § 326) heißt es: „Nach Ablauf der Frist . . . kann der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, . . . der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen.

---

[1]) Staudinger Vorbem. zu §§ 249–254; Rehbein, Das BGB. mit Erl. II Nr. 49; Goldmann-Lilienthal S. 384; Jherings Jahrb. Bd. 46 S. 49; RGE. Bd. 61 S. 354ff.

[2]) vgl. RG. eod., außerdem Bd. 59 S. 157; Oertmann Note 4 Abs. 2 zu § 280; Planck I Note 2II zu § 179.

Hiergegen erheben sich aber folgende Einwände.

In den Motiven wie in den Protokollen[1]) wird davon ausgegangen, daß der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung den allgemeinen Regeln über Schadensersatz zu unterstellen sei: Die Worte „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" geben nur den Grund des Anspruchs an, sie sind wohl für die Frage wichtig, welcher Schaden im einzelnen Fall als durch die Nichterfüllung verursacht, zu ersetzen ist, dagegen geben sie für die Art und Weise, in welcher der Schaden zu ersetzen ist, keine Direktive.

Dieselbe regelt sich also im allgemeinen nach den Bestimmungen der §§ 249 ff. des Gesetzes in seiner heutigen Fassung.[2])

Sodann unterscheidet sich dieser Anspruch auf Erfüllung[3]) der Ersatzschuld seiner inneren Natur nach wesentlich von dem primären Erfüllungsanspruch, mögen beide sich auch äußerlich nicht voneinander unterscheiden.[4])

Ersterer bleibt nämlich immer Schadensersatzanspruch mit allen sich hieraus ergebenden Konsequenzen; so läßt er sich z. B. auf dem Wege des § 250 ohne Schwierigkeit in einen Geldanspruch umwandeln. Der ursprüngliche Erfüllungsanspruch hingegen bedarf erst immer des Umwegs über den § 283 BGB., um zum Schadensersatzanspruch zu werden, der alsdann erst wieder nach §§ 250, 251 einen Anspruch auf Geldersatz zur Entstehung bringt.[5])

Schließlich ist es aber, wie wir bereits in ähnlicher Weise im vorigen Paragraphen ausgeführt haben, unrichtig und stellt eine Verkennung von Ursache und Wirkung dar, wenn man annimmt, daß die Naturalherstellung wegen Nichterfüllung in nichts anderem als in der Erfüllung bestehen könne. Das ist, wie wir durch unsere Beispiele bewiesen zu haben glauben, keineswegs immer notwendig. Der „Schaden" kann vielmehr ein ganz anderer sein.

8. Insofern der wegen Nichterfüllung geforderte Schadensersatz in den weitaus meisten Fällen in der Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung seinen Grund haben wird — die anderen Fälle, in denen ein Nichtwollen vorliegt, bleiben natürlich außer Betracht; [2]) hier kann der Gläubiger vom § 886 ZPO. Gebrauch

---

[1]) Mot. II S. 49; Prot. I S. 316 ff.

[2]) Jacobi S. 38; Kisch S. 125 Anm. 6; Kleineidam S. 106 ff.

[3]) Brock S. 87 Anm. 27.

[4]) Fischer S. 129, 130; Degenkolb S. 29 ff.

[5]) vgl. Planck l. c.

machen oder die Handlung durch einen bereiten Dritten auf Kosten des Verhafteten vornehmen lassen —, finden die im vorigen Paragraphen dargestellten Grundsätze in entsprechender Weise Anwendung: subjektives „Unvermögen des Schuldners" zur Leistung befreit denselben nicht, objektive Unmöglichkeit der ursprünglichen Leistung in der Regel, aber nicht immer. Letztere kann vielmehr unter Umständen durch Naturalherstellung geheilt werden.

9. Diese Grundsätze finden natürlich in der gleichen Weise Anwendung, wenn es sich nur um teilweise Unmöglichkeit der ursprünglichen Leistung handelt, hinsichtlich des unmöglich gewordenen Restes.[1])

Auch hier braucht die Unmöglichkeit der Naturalherstellung des entstandenen Schadens nicht mit der Unmöglichkeit der ursprünglichen Teilleistung zusammenzufallen; deshalb ist auch der Schade hier keineswegs immer in Geld zu ersetzen.

Zu den Schadensfällen dieser Art gehört insbesondere der durch Verzug entstandene Schaden. Insofern der Verzug als teilweise Unmöglichkeit der Erfüllung, nämlich hinsichtlich der Erfüllungszeit aufzufassen ist, erweistsich somit der von der herrschenden Ansicht allgemein aufgestellte Satz, daß der Verzögerungsschaden ausschließlich in Geld zu ersetzen ist, als unrichtig (vgl. das Beispiel S. 15, 16).[2])

10. Es fragt sich noch, wie zu verfahren ist, wenn die Herstellung nur zum Teil möglich ist — von dem eben Gesagten, wo es sich um die ursprüngliche Erfüllungsleistung handelte, ist dies natürlich wohl zu unterscheiden —, insbesondere wenn sie binnen der nach § 250 BGB. dem Ersatzschuldner gesetzten Frist nur teilweise bewirkt wird. Hierfür bestimmt nun aber der § 251 Abs. 1: „Soweit — und auf dieses Wort kommt es an — die Herstellung nicht möglich . . . ist, hat der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen."

Als arg. e c. folgt hieraus, daß in dem Umfange, in dem die Herstellung bewirkbar ist, der Gläubiger sie zu verlangen, der Schuldner sie zu leisten berechtigt ist.[3])

---

[1]) Fischer S. 198.

[2]) Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht, Leipzig 1900, S. 41; Planck Anm. 1 zu § 286; Fischer S. 198.

[3]) Crome, System des bürgerl. R. II S. 69.

Habe ich z. B. einen mit einer Hülle versehenen Schirm geliehen, die Hülle aber verloren, so werde ich nur für diese Ersatz in Geld zu leisten brauchen, den Schirm dagegen kann ich in natura restituieren (vgl. jedoch unten § 8).

In einem Falle, wo es sich um die widerrechtliche Wegnahme von Sachen handelte, hat das Reichsgericht[1]) hinsichtlich des auf Naturalherstellung abgestellten Schadensersatzanspruchs den Standpunkt eingenommen, daß der fur, selbst wenn er an dem widerrechtlich Entnommenen wesentliche Veränderungen vorgenommen haben sollte, Einwendungen gegen die Verpflichtung zur Rückgabe der res furtiva nicht herleiten kann. „Die Ersatzklägerin könne unter allen Umständen die Zurückgabe derselben in ihrem derzeitigen Zustande verlangen."

§ 7.

Fortsetzung: Juristische Unmöglichkeit der Naturalherstellung.

1. Juristische Unmöglichkeit der Naturalherstellung liegt vor[2]): a) wenn das Gesetz die Vornahme derselben verbietet — und zwar ist Gesetz hier als „jeder von einem verfassungsmäßigen Organ der Staatsgewalt gegebene Rechtssatz" zu verstehen[3]) oder b) wenn die letztere gegen ein vom Recht gemißbilligtes Interesse verstößt.[4])

So steht z. B., wenn zwecks Naturalherstellung eines durch Bergwerksbetrieb entstandenen Schadens Schutzbauten errichtet werden sollen und die dazu erforderliche behördliche Genehmigung nicht erteilt wird, dieses Verbot der faktischen Unmöglichkeit der Herstellung gleich; dasselbe gilt z. B. auch dann, wenn inzwischen ein Patent oder Monopol erteilt worden ist.[5])

2. Indessen braucht aber das Verbot der faktischen Herstellung nicht zugleich die wirtschaftliche mitzuumfassen.

Ein interessantes Beispiel hierfür bietet gleichfalls das Bergrecht.[6])

---

[1]) RG. Bd. 29 S. 54; Neumann Anm. 2 zu § 951 BGB.
[2]) Schollmeyer S. 33.
[3]) Engelmann S. 17.
[4]) Hense in Brasserts Zeitschrift für Bergrecht Bd. 34 S. 208 ff.
[5]) Staudinger Anm. 3 zu § 251.
[6]) vgl. Hense l. c.

Hat nämlich der Grundeigentümer durch den Bergwerksbetrieb Schaden erlitten, so würde, wenn der Bergwerksbesitzer verpflichtet wäre, den Zustand herzustellen, der ohne den schadenbringenden Umstand bestehen würde, dies unter Umständen dazu führen können, daß der Bergwerksbetrieb im ganzen untersagt werden müßte. Eine Herstellung aber, die zur Einstellung, ja sogar nur zur Einschränkung des Betriebes führen würde, wird sowohl in der Judikatur wie in der Wissenschaft des Bergrechts[1]) als unzulässig angesehen. — Dies beruht auf der rechtlichen Stellung des Grundeigentums gegenüber dem Bergwerkseigentum, welch letzteres sich bei einer Kollision der Interessen der Eigentümer auf Grund der durch die Verleihung sanktionierter gemeinwirtschaftlicher Interessen, denen die Ausbeutung eines Bergwerks dient, als das stärkere von beiden erweist.

Dagegen ist in solchen Fällen eine wirtschaftliche Herstellung zugelassen, die z. B. dadurch bewerkstelligt wird, daß einem etwa durch Entziehung von Wasser geschädigten Grundstück durch Anschluß an eine Wasserleitung eine den bisherigen Bedürfnissen entsprechende Menge Wassers zugeführt wird.[2])

3. „Betrifft der Schaden ein vom Gesetz gemißbilligtes Interesse, so ist der Schadensersatz unbedingt ausgeschlossen.“[3])

Dieser Satz stellt den Leitsatz dar, den Cosack für die Beurteilung des „sittlichen Moments“ in der Begrenzung der Ersatzfrage aufstellt. Er exemplifiziert hierzu: Wenn ich die pornographischen Bilder, die mir ein „Kunsthändler“ anpreist, im Ärger zerreiße, bin ich strafbar, aber nicht ersatzpflichtig.

4. Das vom Recht gemißbilligte Interesse soll im vorliegenden Falle in dem Besitz pornographischer Bilder beruhen. Letzteres kann, braucht jedoch nicht immer der Fall zu sein. — Der von Cosack hierfür aufgestellte allgemeine Grundsatz erfordert daher in dieser, aber auch noch in einer anderen Richtung eine gewisse Einschränkung.

Schon das Moment, das er selbst anführt, daß nämlich derjenige, der solche Bilder zerreißt, vor dem Strafgesetz nicht bestehen kann, läßt seine ganz allgemeine Voraussetzung als unrichtig er-

---

[1]) Hense eod.; RG. V S. 272; Striethorsts Archiv Bd. 106 S. 320.
[2]) Daubenspeck. Bergrechtliche Entsch. des RG. S. 299.
[3]) Cosack § 91, 7a.

scheinen, andernfalls würde man nämlich zu dem unhaltbaren Schluß gelangen, daß das Strafgesetz hier zum Schützer rechtlich gemißbilligter Interessen würde, eine ernsthaft gewiß nicht zu diskutierende Behauptung.

5. Abgesehen nun davon, daß die Anschauungen darüber, was man in dieser Beziehung als sittlich, was als unsittlich zu bezeichnen hat, weit auseinandergehen — die nicht selten scharf divergierenden Urteile der verschiedenen instanzlichen Gerichte in derselben Sache und die neuerlichen Debatten in den Parlamenten beweisen es hinlänglich —, so braucht das Besitzen und Ankaufen solcher Bilder an sich noch keineswegs etwas Unmoralisches zu bedeuten; auch das Moment, das Köhler,[1]) der sich mit derselben Frage des näheren beschäftigt, einwirft, daß der durch den „unsittlichen Nebenumstand begründete oder erhöhte Wert" das vom Gesetz gemißbilligte Interesse darstelle, trifft nicht das Richtige: man müßte dann einen Parlamentarier, der derartige Bilder ankauft, um sie als Material für eine in Vorschlag zu bringende gesetzliche Inhibierung des Vertriebes derartiger „Kunstwerke" zu verwerten — man denke nur an die Beratungen seinerzeit zur sogen. lex Heinze — gleichfalls einer Immoralität zeihen. Hier ist aber gerade der Wert in dem „unsittlichen Nebenumstande", wie Köhler sagt, begründet.

6. Wenn jemand ihm die Bilder wegnähme oder vernichtete, würde die bloße Zubilligung von Geldersatz keinen vollwertigen Ersatz für ihn bedeuten; damit würde sein Schaden keineswegs wieder ausgeglichen sein. — Unbedingt müßte jener verpflichtet werden, ihm gleiche Bilder zu verschaffen.

Werden dagegen derartige „Kunstprodukte" in durchsichtiger Weise in der Absicht vorgezeigt oder verbreitet, um die Lüsternheit dessen, dem sie zu Gesicht gebracht werden, anzureizen, so wird der hierdurch Gekränkte, wenn er sie alsdann vernichtet, nicht gehalten sein, gleiche in natura zu restituieren (vgl. Cosacks Beispiel).

7. Ihn von jeder Ersatzpflicht, also auch von der Pflicht, Geldersatz zu leisten, loszusprechen, wie Cosack will, geht u. E. auch nicht an, weil der Ersatz des Wertes eines jeden zerstörten Eigentums eine berechtigte Forderung darstellt.

---

[1]) Köhler a. a. O.

8. Das von Köhler angeführte Beispiel: „Es macht jemand die auf dem Körper einer Dirne angebrachte Tätowierung, die eine unsittliche Type darstellt, unerkennbar“ schließt, wie dieser selbst ausführt, jeglichen Ersatz aus; der Betreffende „braucht die unsittliche Tätowierung nicht wieder erkennbar herstellen zu lassen, braucht ihr auch ihr Interesse an der unsittlichen Darstellung nicht zu ersetzen usw.“ Somit bietet es aber im Grunde genommen kein rechtes Beispiel für den § 251 Satz 1, der doch für den Fall der Unmöglichkeit der Herstellung als Surrogat den Geldersatz vorsieht.

9. Ein Beispiel, wie gleichfalls der durch Herstellung zu bewirkende Ersatz einem vom Recht gemißbilligten Interesse, jedoch in anderer Weise, widersprechen würde, läßt sich aus der im Bd. 42 S. 245 ff. abgedruckten Entscheidung des Reichsgerichts ableiten, in welcher das höchste Gericht einen unmittelbar auf die Förderung gewerbsmäßigen, gegen einen befreundeten Staat im Grenzgebiet gerichteten Schmuggel „wegen der hiermit verbundenen im höchsten Grade demoralisierenden Wirkungen“ als „unsittlich“ ansieht.

§ 8.

Fortsetzung. Die „genügende“ Herstellung.

Ist eine Naturalherstellung unter den eben besprochenen Voraussetzungen als „möglich“ anzusehen, so bleibt immer noch zu prüfen, ob sie dem anderen vom Gesetz aufgestellten Erfordernis entspricht, nämlich ob sie dem Interesse des Gläubigers genügt.

Nicht jeder Zustand nämlich, der der Formel des § 249 Satz 1 BGB. entspricht, braucht diese Folge zu haben.

So würde z. B. X, der mir das von mir entliehene Buch, das ich zu einer Vorlesung für den heutigen Abend brauche, morgen zurückgibt, die Schneiderin, die das Brautkleid erst tags nach der Hochzeit abliefert, wohl faktisch den Zustand herstellen usw., uns faktisch in die Lage versetzen, in der wir uns auch sonst befunden haben würden: wir würden im Besitze unserer Sachen sein.

Indessen sind mir aber durch die Beschaffung des Buches von anderer Seite Kosten entstanden oder ich habe den Vortrag überhaupt nicht halten können und bin deshalb meines Honorars verlustig gegangen, die Braut hat sich in der Großstadt eiligst eine andere Robe besorgt.

Hier würde, damit ein ausreichender, unserem Interesse genügender Ersatz geschaffen werde, erst noch hinzukommen müssen, daß wir auch für diesen Verlust entschädigt würden; ich durch den Ersatz meiner Auslagen bezw. des mir entgangenen Honorars, die Braut durch Ersatz der event. Mehrkosten des anderwärts besorgten Kostüms; die ursprünglich bestellten Sachen braucht sie selbstverständlich nicht mehr anzunehmen.[1])

Es kommt also vorzugsweise darauf an, daß die Naturalherstellung den Gläubiger auch wirtschaftlich rehabilitiere.[2])

Eine Herstellung ist — und darin schließen wir uns Schollmeyer[3]) an — dann als „genügend" anzusehen, wenn sie vernünftigerweise als Ersatz angesehen werden kann.

4. Wenn im § 249 Satz 2 von einer Herstellung bei vorhandener Sachbeschädigung die Rede ist, so ist sicherlich hierbei in erster Reihe an eine Ausbesserung der Sache, an eine Reparatur derselben gedacht, die auch in der Regel zur Befriedigung des Gläubigers führen mag.

Den Minderwert, den die ausgebesserte Sache gegenüber der ehedem unbeschädigten hat, muß der Schädiger natürlich gleichfalls, und zwar in Geld erstatten.[4])

2. Ein solches Verfahren führt jedoch nicht immer zum Ziele. Nicht selten wird auf diese Weise bloßes Flickwerk entstehen, das für den Gläubiger so gut wie wertlos ist, das man ihm also vernünftigerweise als Ersatz nicht aufdrängen kann, z. B. es hat jemand den Paradeanzug eines Offiziers dadurch beschädigt, daß er ein Loch in denselben hineingebrannt hat: zweifellos wird dieser nicht verpflichtet sein, eine Ausbesserung desselben, mag sie auch noch so geschickt ausgeführt sein, als ausreichenden Ersatz anzunehmen. Ich werde mich nicht zufrieden zu geben brauchen, wenn der Dieb, der die mir gestohlene Leibwäsche in der Zwischenzeit getragen hat, sie mir jetzt in natura restituieren will.[5])

Genügender Ersatz kann hier einzig und allein durch Geld-

---

[1]) Endemann § 65 Anm. 26; Fischer S. 169.

[2]) vgl. oben § 4.

[3]) Schollmeyer 1bβ zu § 251.

[4]) vgl. verba: soweit ... die Herstellung nicht genügend ist, tritt Geldersatz ein (§ 251 Abs. 1); vgl. JurW. 1904 Nr. 140.

[5]) Degenkolb a. a. O. S. 69; Oertmann S. 316; Planck Anm. 2c zu § 249.

ersatz bezw. Lieferung eines neuen Anzuges, durch Anschaffung neuer Wäsche geschaffen werden: haben wir uns doch oben gleichfalls schon im Falle der Beschädigung vertretbarer Sachen für den Ersatz derselben durch gleichartige und natürlich neue Stücke derselben Gattung ausgesprochen.[1])

Dieser durch Verwandlung von „alt" in „neu" geschehende Ersatz geht nun eigentlich über den Rahmen der dem Schadensersatz zugewiesenen Funktionen hinaus, indem er eben mehr als den Schaden ersetzt (vgl. § 1 unserer Abhandlung): während ich vordem alte Wäsche, der Offizier einen schon mehrfach getragenen Rock hatte, während mein Zimmer, dessen nicht mehr farbenfrische Dielen ein „Gönner" mit scharfbenagelten Schuhen zerkratzte, dessen eben nicht mehr neue Tapete abriß, zurzeit schon verwohnt war, komme ich auf diese Weise zu einem schönen, wohnlichen Zimmer, der Offizier zu einem neuen Rock.[2]) Nichtsdestoweniger findet ein derartiger Ersatz doch aus dem Gesichtspunkt des „höheren" Interesses des Ersatzberechtigten seine volle Rechtfertigung. Die Verwandlung von „alt" in „neu" ist die unbedingte Form, in der das Bedürfnis nach einem vollwertigen Ersatz in derartigen Fällen sich verwirklicht.

Wollte der Ersatzpflichtige nur den objektiven Verkehrswert, d. h. Verkaufswert der alten Wäsche, der alten Tapete, des alten Rockes usw. ersetzen[3]) – und hierzu event. auch noch einen Geldbetrag, indessen weniger als den Neuanschaffungspreis —, so werde ich mit nichten in die Lage versetzt sein, mir einen brauchbaren Ersatz zu verschaffen. Der Verkaufswert getragener Garderobe, Wäsche ist gering, ja minimal, so daß mein Bemühen, mich nach dieser Richtung hin schadlos zu halten, von vornherein aussichtslos sein würde, es sei denn, daß ich meine Zuflucht zu einem Ramschwarenhändler nehme. So wenig man mich hierzu verpflichtet halten wird, brauche ich mir aber auch die an sich schon bescheidene Ausstattung meines Zimmers nicht noch dadurch schmälern zu lassen, daß ich mir, um bei dem alten Beispiel zu bleiben, nach dem Verkaufswert der alten Tapete berechnete, ergo noch billigere und für ein einigermaßen wohnliches Zimmer kaum noch geeignete Tapete besorgen muß.

---

[1]) Oben S. 10.

[2]) Endemann Anm. 122 zu § 128.

[3]) So Staudinger Anm. 56 zu § 251.

Der Schadensersatz hat vielmehr in der beregten umfassenden Weise stattzufinden; Sache späterer Erwägung und Prüfung muß es sein, ob und inwieweit eine Ausgleichungspflicht für das Plus, die Bereicherung, die das Vermögen des Geschädigten durch diese „Mehralsschadensbeseitigung" erfährt, angezeigt erscheint (vgl. hierzu die Ausführungen unten im § 17).

3. Der Besitzer eines schon mehrfach geflickten Kleidungsstückes, das abermals wieder beschädigt worden ist, wird in der Regel nicht mehr als eine Reparatur desselben als Herstellung verlangen dürfen.[1])

4. Nach der obigen Definition einer „genügenden" Herstellung kann „genügend" daher auch den Sinn von „geeignet" oder „vollkommen" annehmen, so in dem vorhin besprochenen Falle, ferner, wenn ich, um auf unser obiges Beispiel zurückzugreifen, dem Entleiher die Hülle, aber nicht den Schirm zurückstelle, der Schütze, der einen Jagdhund auf zwei Beinen lahm geschossen hat und ihn, da nur ein Bein mit Erfolg hat ausgeheilt werden können, auf dem anderen lahmend restituiert, so wird sich der Ersatzgläubiger in allen diesen Fällen mit einer so lückenhaften Herstellung nicht zufrieden zu geben brauchen.

5. Den Umfang des Schadens bestimmt seine kausale Entwicklung. Der Schaden entsteht so lange, bis er ersetzt wird, bis der Ersatz die durch das Schadensereignis zerstörten Glieder der Kausalkette wieder rekonstruiert und einen dem ungestörten Verlauf adäquaten Zustand für die Zukunft sichert.

Daß dieses auch für die Zwischenzeit durch reine Naturalherstellung geschehen könne, haben wir — im Gegensatz zu der herrschenden Meinung — schon an einem früheren Beispiel gezeigt; wir wollen es kurz rekapitulieren. Ein Kellermeister hat eben gepreßten Wein gestohlen, der Diebstahl wird aber erst nach einer Reihe von Jahren entdeckt.

Nach der von Dernburg und Kaufmann für das Bürgerliche Gesetzbuch vertretenen Ansicht, daß der Bemessung der Höhe des Schadens, seines Umfanges der Moment des schädigenden Ereignisses zugrunde zu legen sei,[2]) würde sich für den vorliegenden

[1]) Dernburg II S. 78 Anm. 5; Fischer S. 172.
[2]) Dernburg I S. 72; Kaufmann S. 38.

Fall eine Entscheidung ergeben, die nichts weniger als geeignet wäre, dem Interesse des Geschädigten zu genügen.

Jene Ansicht läßt den sehr erheblichen Umstand, nämlich die kausale Folge, daß der Täter es verhindert hat, daß der Wein „sich durch Ablagerung zu einem wohlschmeckenden entwickelte", ganz außer Betracht.

Der Ausgleich für jene Schädigung braucht hier aber keineswegs durch eine Geldleistung zu erfolgen. Im Gegenteil! Nichts wäre in unserem Falle verkehrter als das! Der Ersatz hat vielmehr in der gleichfalls schon angegebenen Weise dadurch zu geschehen, daß der Dieb ein gleiches Erzeugnis desselben Jahrganges zu liefern hat, dem der entwendete Wein entstammte. Hierdurch geschieht dann sowohl dem Interesse des Gläubigers Genüge, andrerseits wird hierdurch aber auch der Vorschrift des § 249 Satz 1 BGB. genau entsprochen.

6. Die Unzulänglichkeit der Herstellung braucht auch nicht notwendig in einer Verschlechterung gegenüber dem Zustande ihren Grund zu haben, der bestehen würde, wenn usw. Diese Eigenschaft wird ihr dann zukommen, wenn ein Zustand geschaffen wird, der objektiv jenem gegenüber eine Verbesserung bedeutet, subjektiv aber — hierauf kommt es jedoch beim Schadensersatz allein an — für den Ersatzberechtigten wenig oder gar keinen Wert hat.[1])

So braucht z. B., wenn A dem B einen Spiegel zerschlagen hat und ihm dafür einen neuen kostbareren liefert, dem B die Herstellung dann nicht zu genügen, wenn etwa der neue Spiegel so groß ist, daß er ihn in seinem Zimmer nicht unterbringen kann.

Die eben erwähnten Fälle werden exzeptioneller Natur sein. In der Regel wird eine objektive Werterhöhung des früheren Zustandes gegenüber demjenigen, der andernfalls jetzt bestehen würde, zugleich auch subjektiv den Interessen des Verletzten gerecht werden, ja sogar mit Vorteilen für denselben verknüpft sein (siehe bei der Verwandlung von „alt" in „neu").

7. Um genügend zu sein, muß der durch Naturalherstellung geschaffene Zustand ferner auch Aussicht auf dauernden Bestand gewähren, die hergestellte Sache muß für die Zukunft Haltbarkeit versprechen. Schon die bloße Wahrscheinlichkeit der Undauerhaftig-

---

[1]) vgl. Rehbein II Note 48; v. Thur in der DJZ Jahrg. IV S. 306.

keit der angebotenen Herstellung — ganz abgesehen von der Ungewißheit und Unbestimmtheit derselben — reicht aus, um sie für den Gläubiger als ungenügend erscheinen zu lassen. Er darf sie alsdann ablehnen und Geldersatz fordern.[1])

8. Schließlich verlangt es das Prinzip der Naturalherstellung, daß die letztere auch am richtigen Orte und zur richtigen Zeit geleistet werde.[2])

Hinsichtlich des Ortes, an welchem die Naturalherstellung zu erfolgen hat, läßt sich im allgemeinen folgendes sagen.

Ist der Schaden außerhalb eines Vertragsverhältnisses entstanden, also um den Hauptfall hervorzuheben, durch eine unerlaubte Handlung hervorgerufen worden, so wird das forum delicti commissi regelmäßig auch Erfüllungsort für die Ersatzverbindlichkeit sein, die Rückerstattung einer entzogenen Sache hat regelmäßig am Orte der Wegnahme zu erfolgen.[3])

Handelt es sich um eine Körperverletzung, so wird der Verletzte unter Umständen verlangen dürfen, daß er an seinem Wohnorte geheilt werde; so wird man einem Reisenden nicht zumuten dürfen, daß er sich in einem weltentlegenen Neste, in das er ganz vorübergehend Geschäfte halber gekommen ist, wenn ihm dort ein Schaden der erwähnten Art zustößt, sich dort etwa der Pflege ihm völlig unbekannter Personen anvertraut.

Andrerseits könnte allerdings auch wohl das Verlangen des Verletzten, gerade an jenem Orte, wo er zu Schaden gekommen ist, geheilt zu werden, eine grobe Unbilligkeit enthalten, wenn die Herstellung anderswo, vor allem also an seinem Wohnort mit bedeutend geringerem Aufwand geschehen könnte.

Hat eine Schadensbeseitigung an Gegenständen stattzufinden, die mit dem Grund und Boden, auf dem sie sich befinden, fest verbunden sind,[4]) so z. B. bei Reparaturen an Grundstücken, Montage von Maschinen, so ist natürlich dieser Ort der belegenen Sache für die Herstellung allein maßgebend.

Ebenso ist, wenn ein Schaden dadurch entstanden ist, daß jemand schuldhaft eine unrichtige Eintragung in ein öffentliches Buch oder Register veranlaßt hat, die Naturalherstellung, soweit

---

[1]) Dernburg II S. 78; JurW. 1896 Nr. 60 S. 114.
[2]) Mot. II S. 21.
[3]) Mot. II S. 739.
[4]) Fischer S. 149.

sie in der Pflicht des Schuldigen zur Berichtigung des Buches oder Registers besteht, der Natur der Sache nach an den Ort gebunden, an welchem das Buch oder das Register geführt wird: dort hat er die von ihm erforderliche Tätigkeit zu entfalten.[1])

Ist der Schaden durch Nicht- oder nicht gehörige Erfüllung eines Vertrages hervorgerufen worden, so wird in der Regel der Erfüllungsort für die ursprünglich geschuldete Leistung mit dem Erfüllungsort der Ersatzschuld zusammenfallen.

Durch die Natur der Ersatzschuld kann aber eine Ausnahme bedingt sein, so daß der allgemeine Leistungsort und jener Erfüllungsort voneinander verschieden sind; z. B. ich habe mir von A, der sich aus der Bibliothek in X Bücher an seinen Aufenthaltsort in Y hat schicken lassen, einige Bände entliehen und sie mit nach Z genommen mit dem Versprechen, sie ihm rechtzeitig zurückzustellen, damit er sie, wenn die Leihfrist zu Ende geht, mit den anderen zusammen zurückschicken könne.

Ich gerate mit der Rücksendung der mitgenommenen Bücher in Verzug. A kann nur die von ihm zurückbehaltenen Bücher absenden. Wo habe ich zu restituieren? Nach der Bestimmung des § 249 BGB. zweifellos in X.

Zwar hatte ich an sich den mit A geschlossenen Leihvertrag in Y zu erfüllen. Würde aber — und darauf kommt es nach jener Bestimmung allein an — der zum Ersatz verpflichtende Umstand, mein Verzug, nicht eingetreten sein, so würden meine Bücher sich gleichfalls jetzt wieder in X befunden haben. Ich habe dennoch meine Ersatzschuld in X zu erfüllen. Nichtsdestoweniger bleibt aber X der für den zwischen mir und A abgeschlossenen Leihvertrag maßgebende Erfüllungsort, da die Schadensersatzverbindlichkeit, weil sie nur ein Akzessorium der Hauptschuld darstellt, diesen nicht verändern kann.

Hierauf regelt sich auch die Frage des Gerichtsstandes für diesen aus Kontraktsverhältnissen aufspringenden Schadensersatz, d. h. Naturalherstellungsverbindlichkeiten.

Fällt der ursprüngliche Erfüllungsort mit dem der Ersatzschuld zusammen, so ergibt er sich ohne weiteres von selbst; ein Zweifel ist also hierbei hinsichtlich seiner nicht möglich. Anders dagegen, wenn er von jenem abweicht: indessen wird man aber

---

[1]) vgl. Seufferts Archiv Bd. 34 Nr. 90.

wohl die Ersatzverbindlichkeit als „streitige Verpflichtung“ im Sinne des § 29 ZPO. anzusehen haben, so daß deren Erfüllungsort, in unserem obigen Beispiel, also X, den Ausschlag gibt.[1])

9. Wie für jede geschuldete Leistung gilt natürlich auch für die Herstellung der Satz: Quod sine die debetur, statim debetur. Der Schuldner muß sie also sofort vornehmen, bezw. wenn ihre Ausführung eine gewisse Zeit beansprucht, innerhalb dieser durch das Interesse des Gläubigers an ihr begrenzten Zeit: er braucht dem Ersatzschuldner natürlich nur so lange nachzuwarten, als sein Interesse an der Herstellung nicht erloschen ist.

Folgert dieser Schluß also schon aus der Bestimmung des § 251 Abs. 1, so ist er doch im § 250 noch besonders zum Ausdruck gebracht, daselbst auch näher präzisiert worden.

§ 9.

B. Der Ersatz immateriellen Schadens durch Naturalherstellung.

1. Trotz der überaus zahlreichen Versuche, die sowohl während der Vorbereitung des 1. Entw. zu unserem Bürgerlichen Gesetzbuche[2]) als auch nach dessen Erscheinen von der Kritik gemacht worden sind, um nach dem Vorbild der ausländischen, besonders der französischen und englischen Gesetzgebung auch unseren Gesetzgeber zu einer umfassenden Ausgestaltung des Rechtsschutzes für verletzte nichtvermögensrechtliche sogen. immaterielle oder ideelle Interessen zu bestimmen, ist derselbe bei der im § 221 des 1. Entw. gegebenen Regelung — der § 253 in der heutigen Fassung gibt jenen nur in redaktionell veränderter Form wieder — stehen geblieben: unter Übergehung der damals mit besonderem Nachdruck vertretenen Lehre von der „Satisfaktionsfunktion“ des Geldes hat er im Prinzip die Inkommensurabilität der eben bezeichneten Interessen ausgesprochen und Ausnahmen nur in den im Gesetz selbst ausdrücklich bestimmten Fällen zugelassen.[3])

---

[1]) vgl. Fischer S. 149/50, 200.

[2]) vgl. Gierke, Entwurf eines BGB. S. 196, 266.; Steinert, Ersatz immateriellen Schadens insbesondere nach dem BGB., Rostock 1899.

[3]) Jherings Jahrb. Bd. 18 S. 51 ff., Bd. 23 S. 155; Lehmann, Steinert a. a. O.; Unger in Grünhuts Zeitschr. für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart Bd. 8.

Durch diese Regelung ist praktisch zuweilen außerordentlich wichtigen Fällen fast jede rechtliche Bedeutung geraubt,[1]) wie z. B. dem auf Unterlassung gerichteten Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung bei nichtvermögenswerten Obligationen, man denke etwa an einen Posaunenbläser, dem es beliebt, sich stets am Nachmittag zu betätigen, wenn die andern Mieter Mittagsruhe halten wollen.

2. § 253 in der heutigen Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuches lautet: „Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden.

Endemann[2]) meint, daß dieser Paragraph ein dem allgemeinen Recht der Schuldverhältnisse entsprechendes Prinzip zum Ausdruck bringe, daß er insbesondere keine Ausnahmenorm darstelle, aus der ein arg. e contr. gestattet wäre. Dies rechtfertigt dann seinen Schluß, daß auch für die Naturalherstellung beim Nichtvermögensschaden kein Raum sei.

Hiergegen läßt sich nun einwenden, daß, wenn diese Bestimmung wirklich, wie Endemann meint, ein ganz allgemeines obligationsrechtliches Prinzip hätte zum Ausdruck bringen wollen, sie zweifellos an anderer Stelle, etwa hinter dem § 241 BGB. ihren Platz gefunden haben würde; Endemann beschränkt den Schadensbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs in ganz ungerechtfertigter Weise auf den Vermögensschaden, er steht, soweit sich übersehen läßt, mit dieser Ansicht auch in der Wissenschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs allein da.[3])

Im Gegenteil, weil das Bürgerliche Gesetzbuch unter Schadensersatz sowohl die Herstellung wie den Geldersatz begreift, hätte es, wenn es jeglichen Ersatz nichtvermögensrechtlichen Interesses hätte ausschließen wollen, die Norm des § 253 in anderer Weise formulieren müssen. Indem es die Fassung „Entschädigung in

---

[1]) Steinert S. 62; Wendt S. 64, 65; letzterer im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 92.

[2]) Endemann § 128 Note 16.

[3]) vgl. Dernburg II S. 618; Staudinger, Vorbem. zu §§ 249—255 S. 24; Oertmann 1a zu § 253; Fischer-Henle Anm. 2 zu § 253; Mot. S. 23; ebenso die Judikatur RG. Bd. 60 S. 14; Annalen des Kgl. Sächs. OLG. zu Dresden 25, 172, zitiert bei Neumann, Jahrb. des deutschen Rechtes 1905 Bd. 1.

Geld" — bloß „Entschädigung" hätte vielleicht auch noch Zweifel übriglassen können — gewählt hat, hat es in der unzweideutigsten Weise den Gegensatz zum Ersatz durch Naturalherstellung für die eben das Gegenteil gelten sollte, zum Ausdruck gebracht.

Hingegen ist die Anwendbarkeit des § 251 nicht möglich, weil dies zu einem direkten Widerspruch mit dem Prinzip des § 253 führen müßte.[1])

4. In der Praxis wird die Naturalreparation ehestens als Ausgleich für eine erlittene Körper- oder Ehrverletzung in Betracht kommen.[2])

Was die erstere anlangt, so kann der Verletzte von dem Urheber der Verletzung Heilung beanspruchen, nach seiner Wahl (§ 249 Satz 2) auch den zur Herstellung erforderlichen Geldbetrag fordern, d. h. die Kosten für den Arzt, den Apotheker, event. auch die Mittel zur Bestreitung einer notwendig gewordenen Badereise, schließlich auch die durch die Umstände bedingte Vermehrung der persönlichen Bedürfnisse des Patienten[3]) (z. B. Hilfspersonal).

5. Inwiefern bei der Verletzung der Ehre, deren zivilrechtlicher Schutz u. E. nach § 823 Abs. 2 gegeben ist, eine Naturalreparation in Frage kommt, ist je nach dem durch ihre Kränkung hervorgerufenen inneren Affekt[4]) und die äußeren Folgen derselben verschieden zu beurteilen. Das gestörte „innere seelische Gleichgewicht" kann natürlich durch einen Dritten nicht wiederhergestellt werden. Es wird hier vielmehr auf den wohltuenden Einfluß der Zeit ankommen, welcher die Intensität des Empfindens der Ehrverletzung mildern wird. Was dagegen die äußeren Folgen der Ehrverletzung anlangt, so können dieselben sehr wohl reparabel sein.

Der Beleidiger widerruft die Beleidigungen,[5]) derjenige, der eine beleidigende Schrift veröffentlicht hat, zieht sie zurück und unterläßt ihre fernere Verbreitung, ein Vereinsmitglied, das infolge ehrenrühriger,[6]) sich später als Verleumdung herausstellender Nachrede aus dem Verein ausgestoßen worden ist, wird wieder auf-

---

[1]) Ebenso Schollmeyer Anm. 1 zu § 253; abw. Fischer S. 316.

[2]) Crome § 151 Anm. 3; Fischer S. 295.

[3]) Schollmeyer zu § 249, 4c.

[4]) Fischer S. 318.

[5]) Crome § 327 Anm. 11; Neumann Anm. 26 zu § 253; Dernburg II § 390 S. 632.

[6]) Rechtspr. d. OLG. 1902 Nr. 148.

genommen, die Schauspielerin,[1]) die ihr Bild im Schaukasten unter Dirnenbildern sieht, erreicht dessen Entfernung aus demselben.

Das Reichsgericht hat sich mit dieser Frage bisher in folgenden drei Entscheidungen befaßt.

Die erste Bd. 48 S. 114 ff. mitgeteilte betrifft folgenden Fall: Eine Dampfschiffahrtsgesellschaft hatte einer Speditionsfirma gedroht, sie werde die Interessenten einer mit ihr in Geschäftsverbindung stehenden Seglergruppe durch erhöhte Frachtsätze schädigen, falls sie sich in Zukunft nicht einer anderen Frachtvermittlung bedienen würde.

Ähnlich liegt der zweite im Bd. 56 S. 271 ff. mitgeteilte Fall: Die Klägerin als Mitglied des deutschen Buchhändlerbörsenvereins war in einem Rundschreiben der Zentrale an die übrigen Mitglieder als „Schleuderer", d. i. die buchhändlerisch-technische Bezeichnung für Sortimenter, die gegen die die Gewährung von Rabatt an Kunden beschränkenden Satzungen verstoßen, gebrandmarkt und von den Einrichtungen des Vereins ausgeschlossen worden. Dieser Vorwurf wurde alsdann als der tatsächlichen Grundlagen entbehrend erfunden.[2])

Im dritten Falle schließlich hatte ein Ehemann in einer Reihe von Tageszeitungen davor gewarnt, seiner Frau etwas zu borgen. Die sich hierdurch beleidigt fühlende Ehefrau hatte im Wege des Zivilprozesses „die öffentliche Zurücknahme der sie kränkenden Kundgebung" verlangt.[3])

Im ersten Falle hat das Reichsgericht sich für die Unzulässigkeit der Drohung ausgesprochen und dem Bedrohten das Recht eingeräumt, die Zurücknahme der Drohung durch den Drohenden zu verlangen.

Im zweiten Falle entschied es dahin, daß die Verletzte „die Zurücknahme der aufgestellten bezw. verbreiteten Behauptung oder sonstige die Kundgebung außer Wirkung setzende Maßnahmen, ihre Rehabilitation beanspruchen könne".[4]) Und zwar wurde der Klägerin noch ausdrücklich das Verlangen zugebilligt, dem Beklagten die Rücknahme der gegen sie getroffenen Maßregeln in Form sicher wirksamer Bekanntmachungen, durch Veröffentlichung im Börsenblatt oder durch besonderes Rundschreiben an die Mitglieder zu

[1]) Cosack § 91 γδ.
[2]) RG. Bd. 60 S. 14.
[3]) Bd. 48 S. 118 ff.
[4]) RG. Bd. 56 S. 286, 287.

fordern. Einen nur mündlich geschehenen Widerruf seitens des Vorstandsmitgliedes einzelnen Vereinsmitgliedern gegenüber hielt das Reichsgericht für unzureichend.

Im letztzitierten Falle schließlich hat das höchste Gericht den Anspruch der beleidigten Ehefrau auf öffentlichen Widerruf versagt.

Der zwischen den beiden letzten Entscheidungen nur anscheinend bestehende Widerspruch existiert in der Tat nicht.

Der Entscheidung in Bd. 60[1]) kommt nämlich nur singuläre Bedeutung zu, insofern derselben, wie das Revisionsgericht ausdrücklich hervorhebt, die tatsächliche Feststellung des Vorderrichters zugrunde liegt, daß die Ehefrau mit der Anstrengung der Klage eine Ausgleichung „des ihr durch die Beleidigung zugefügten Schmerzes durch die Genugtuung beabsichtigte, die der öffentliche Widerruf ihr gewähren sollte".

Verstößt es nun auch zweifellos gegen unser verfeinertes moralisches Empfinden, den Nebenmenschen in der Öffentlichkeit zu demütigen, ihn bloßzustellen und zu beschämen, und wird dies in der Regel bei der öffentlichen Abbitte und bei einer ebensolchen Erklärung auch der Fall sein, so kann dieser Erfolg doch keinesfalls von der bloßen Zurücknahme einer unwahren Kundgebung, von dem bloßen Widerruf zugestanden werden: Sind doch die Fälle gar nicht selten, in denen der eine oder der andere vor der breitesten Öffentlichkeit erklärt: „Ich kann die über X verbreitete Behauptung nicht aufrechterhalten." Und kein Mensch wird schlechterdings hierbei auf den Gedanken verfallen, von dem, der in dieser Weise verfährt, behaupten zu wollen, daß er sich der Verachtung seiner Nebenmenschen preisgegeben habe. Gewißlich nicht!

Wenn also, wie in der letzterwähnten Entscheiduug, der mit dem Widerruf erreichte Zweck vom Gericht nicht ausdrücklich als der gegenteilige festgestellt wird, wird man dem Beleidigten den Anspruch auf diesen nicht versagen dürfen.

Dies hat auch das Reichsgericht mit seiner aus dem Bd. 56 zitierten Entscheidung zugestanden.

Der Weg der Privatklage, insbesondere der des § 200 StGB., der dem Beleidigten die Möglichkeit der Publikation des den Be-

[1]) vgl. Bd. 60 S. 16.

leidiger verurteilenden Erkenntnisses gewährt — auf denselben verweist die andere Entscheidung desselben Gerichts[1]) — erscheint nach Art und Ziel in hohem Grade problematisch und daher für den Rechtsuchenden nichts weniger als verlockend.

Ganz abgesehen davon, daß es sehr bestritten ist, in welchem Umfange[2]) eine solche Publikation beim Tatbestande des § 200 Abs. 1 StGB. stattfinden kann; schon durch den Wortlaut des Gesetzes im Abs. 2 erfährt sie eine starke Einschränkung, zwingt mich diese Bestimmung ferner zu einer wenig erquicklichen Maßnahme; da nämlich die Publikation nur eine Nebenstrafe darstellt, mithin selbständig nicht auf sie erkannt werden darf, muß ich den Beleidiger vorerst mit Geld- oder Freiheitsstrafe belegen lassen, obschon ich hieran nicht nur kein Interesse habe, im Gegenteil, einer hierdurch zum Ausdruck kommenden Wertung meiner Ehre gerade entgehen will.

Sodann bin ich im Strafprozeß in bezug auf die mir zu Gebote stehenden Beweismittel verkürzt. Stehe ich dem Beleidiger, wie dies der Regelfall sein dürfte, als Privatkläger gegenüber, so werde ich im Falle seines Leugnens in Ermanglung anderer Beweismittel mit meiner Klage abgewiesen und habe zu dem Schaden noch den Spott.

Im Zivilprozeß kann ich mich dagegen als fernerer Beweismittel der Eideszuschiebung an den Gegner bezw. des für mich erbetenen richterlichen Eides bedienen (§§ 451, 475 ZPO.).

Hierzu kommt ferner, daß ich unter Umständen trotz objektiver Unrichtigkeit der von meinem Verleumder behaupteten Tatsachen ein verurteilendes Erkenntnis nicht erlangen kann, nämlich wenn jenem der § 193 StGB. zur Seite steht.

In diesem Falle bleibt jener trotz objektiver Unrichtigkeit seiner Behauptungen straflos, und es entfällt damit natürlich auch die Publikationsbefugnis für mich; während ich ein ausgesprochenes Interesse daran hatte, die Unwahrheit seiner Behauptungen, die Verleumdung als solche festgestellt zu sehen, muß ich mich mit der in solchen Fällen nur allzuüblichen Formel begnügen, „es konnte dahingestellt bleiben, ob die und die Tatsache, die X über den Y verbreitet hat, wahr oder unwahr gewesen ist, in jedem

---

[1]) RG. Bd. 60 S. 20.

[2]) vgl. Olshausen Anm. 6 zu § 200.

Falle schützte ihn der § 193 StGB". Es erginge mir alsdann wie in dem vorigen Falle. — Das sind zweifellos nicht zu unterschätzende Bedenken, die der strafprozessuale Weg mit sich bringt.

Für die Fälle, in denen ein Zustand geschaffen wird, dessen Fortbestand als dauernde, sich immer erneuende Wirkung[1]) der Verletzung der Ehre eines anderen oder einer Schädigung seines Kredits darstellt, will das Reichsgericht, wie es ausdrücklich hervorhebt, kein Präjudiz geschaffen haben, „vielmehr wird hier" — wie es dort weiter heißt, und wie es ja auch in der anderen Entscheidung schon praktisch geworden ist[2]) — „dem Verletzten grundsätzlich das Recht nicht abzusprechen sein, auch im Wege der Zivilklage Beseitigung des diese Wirkung äußernden Zustandes zu verlangen, im Falle der Beleidigung durch eine Druckschrift die schädigende Wirkung der Mitteilung für die Zukunft nicht wohl anders als durch eine vom Urheber ausgehende Zurücknahme mit Erfolg verhütet werden können".

Mag diese Voraussetzung nun auch für die Gewährung von Unterlassungsansprüchen an sich gerechtfertigt sein, dem Schutzbedürfnis bei geschehener Ehrverletzung genügt sie keinesfalls.

Ich würde auf diese Weise gezwungen sein, das ärgste Unheil — denn nichts anderes würde der zur besonderen Genugtuung für meinen Gegner noch von mir zu substantiierende und beweisende schädigende Dauerzustand darstellen — abzuwarten, ehe ich in die Lage versetzt würde, mich gegen die Antastung des höchsten Rechtsgutes, das ich besitze, unter Benutzung uneingeschränktester Beweismittel wirksam zu schützen! Steht doch der Satz: semper aliquid haeret immer noch in Geltung!

Überhaupt wird man von einer Fortsetzung oder Vollendung einer moralischen Schädigung — eine solche steht doch aber hier allein in Frage — u. E. nicht gut sprechen können. Eine solche liegt vielmehr abgeschlossen auch schon dann vor, wenn auch nur ein Angriff gegen die Ehre jemandes stattgefunden hat; jede weitere Handlung stellt einen neuen Akt derselben dar.

6. Das Reichsgericht konstruiert in den Entscheidungen in Bd. 48. u. 56 einen allgemeinen, neben dem Schadensersatzanspruch herlaufenden Unterlassungsanspruch. Hierfür findet sich

---

[1]) RG. Bd. 60 S. 20.
[2]) RG. Bd. 56 S. 286.

jedoch, wie Oertmann und Fischer[1]) im Anschluß an jene und ähnliche Entscheidungen und die ihnen zustimmende Literatur zu Recht ausführen, im Gesetz keine Grundlage. Diese Konstruktion erübrigt sich indessen auch durchaus insofern, „als wenn die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch im allgemeinen gegeben sind, das Delikt einen Unterlassungsanspruch als mögliche Erscheinungsform desselben erzeugt: Dies folgt, wie der in jener Entscheidung im 48. Bande zu Unrecht korrigierte Vorderrichter bereits ausgeführt hatte, eben aus dem Prinzip der Naturalherstellung des § 249 BGB."

7. Im Anschluß hieran mögen noch einige Bemerkungen Platz finden über den Ersatz des von dem immateriellen Interesse wohl zu unterscheidenden Affektionsinteresses, worunter man den Liebhaberwert, „den Wert der besonderen Vorliebe" versteht, den ein Gegenstand für seinen Besitzer hat.

Daß derselbe nicht durch Geldersatz erfolgen darf, steht nach der Bestimmung des § 253 BGB. außer jedem Zweifel. Indessen hat Fischer[2]) unseres Erachtens durchaus mit Recht darauf hingewiesen, daß sein Ersatz durch Naturalherstellung, soweit dieselbe angängig ist, durch nichts gehindert wird.

Auf diese Weise wird die Konsequenz des von ihm verteidigten Satzes „Vermögensschaden ist Vermögensminderung, Vermögensänderung dagegen ist keine Vermögensminderung", — der das Vermögen des einzelnen zur Freistatt fremder Laune und Willkür machen würde, der jedem Fremden mit meinem Eigentum nach Belieben zu walten und zu schalten gestattete, wenn derselbe mir nur immer für die entzogenen und beschädigten Gegenstände gleichwertige beschafft, so daß mein Vermögensstand im ganzen nicht beeinträchtigt wird, — in wirksamer Weise unterbunden.

Würde z. B. einer alten Dame während ihrer Abwesenheit ihr, wenn auch minderwertiges, so doch durch die lange Zeit seines Besitzes liebgewordenes Mobiliar gegen eine wertvolle modernsezessionistische Einrichtung vertauscht werden, hat ein negotiorum gestor mit einem Menschen, mit dem ich nichts zu tun haben möchte,[3]) an dem ich also auch nichts verdienen will, ein für mich

---

[1]) Oertmann in der DJZ Jahrg. 1904 S. 616ff.; Fischer S. 318 Anm. 7 und die bei ihnen Zitierten.

[2]) Fischer S. 320ff.

[3]) vgl. Walsmann a. a. O.

vorteilhaftes Geschäft abgeschlossen, so würde unser beider Schadensersatzanspruch an sich unmotiviert sein: Unser beider Vermögen hat objektiv nicht nur keine Minderung, sondern sogar einen Zuwachs, eine Bereicherung erfahren.

Insofern aber nach der Ansicht einer Reihe von Schriftstellern[1]) eine den subjektiven Neigungen des Geschäftsherrn nicht entsprechende Geschäftsführung — selbst wenn ein pekuniärer Schaden nicht entstanden ist — dem negotiorum gestor die Pflicht zur sofortigen Auflösung des Geschäftes und somit zur Wiederherstellung des früheren Zustandes obliegt, so kann dieser Anspruch doch schließlich nicht anders denn als Folge eines verletzten Affektionsinteresses betrachtet werden, wie denn unser Recht nicht überhaupt schlechthin die Berücksichtigung eines jeden Affektionsinteresses ausschließt (vgl. die zum § 12 BGB. ergangene Entscheidung bei Mugdan u. Falkmann Bd. 2 S. 190 und die dort Zitierten).

Wir halten also an dem Satze fest, daß, wo eine Verletzung eines Affektionsinteresses als Schaden erscheint und Naturalreparation desselben möglich ist, dieselbe zu geschehen hat, so daß also derjenige, der die „altmodischen" Möbel gegen die modernen vertauscht hatte, der alten Dame wieder zu den ihrigen verhelfen muß, der negotiorum gestor den Vertrag mit dem anderen Kontrahenten rückgängig macht. Einen Geldersatz dagegen halten wir, wenngleich Dernburg[2]) sich für denselben ausspricht, nach wie vor für ausgeschlossen.

C. Der Schaden in der Erwerbsstellung.

§ 10.

Eine Mittelgruppe zwischen dem Vermögensschaden und dem Schaden an immateriellen Gütern bildet der in der Überschrift benannte Schaden in der Erwerbsstellung.

Von der Wissenschaft teils dieser, teils jener Schadensart zugerechnet, ist er vom Bürgerlichen Gesetzbuch als selbständiges Rechtsgut besonders geschützt worden (vgl. besonders § 1298 Satz 2 eod.).

---

[1]) Dernburg II S. 382, 383; Enneccerus-Lehmann S. 374; Goldmann-Lilienthal § 75 Note 5; abw. Oertmann Anm. 2d zu § 678.

[2]) Dernburg II S. 79, 80; wie hier Enneccerus-Lehmann S. 37 ff.

Vom Vermögensschaden unterscheidet er sich insofern, als der Kredit, dessen Gefährdung eine Unterart jenes Schadens in der Erwerbsstellung bildet (vgl. § 824) nicht vermögensrechtlichen, sondern den Charakter eines Persönlichkeitsrechtes hat, gleichwie der bürgerliche Name, Urheber- und Patentrechte usw.[1])

Sein Unterschied vom Vermögensschaden kommt auch in der Fassung des § 1298 besonders zum Ausdruck: „Der von einem Verlöbnis Zurücktretende hat", so heißt es dort, „dem anderen Verlobten auch den Schaden zu ersetzen, den dieser dadurch erleidet, daß er in Erwartung der Ehe sonstige sein Vermögen oder seine Erwerbsstellung berührende Maßnahmen getroffen hat.[2])

Dem immateriellen Schadensbegriff kommt er insofern nahe, als auch hier der Richter für die Beurteilung des Umfanges des Schadens an keine Schranken gebunden ist.

Er unterscheidet sich von jenem durch die Einschränkung, welcher die Abtretung des Ersatzanspruches nach § 847 BGB. unterworfen ist.

Die Art und Weise, wie dieser Schaden zu ersetzen ist, richtet sich wiederum nach den allgemeinen Bestimmungen der §§ 249 ff. Es ist also, wenn möglich, und dann prinzipaliter der Geschädigte bezüglich der Sicherheit seines Erwerbes, seines Fortkommens und seines Kredits in die gleiche Lage zu bringen, in der er sich ohne die Schädigung befunden haben würde.

Hatte also, um zu dem Beispiel in § 1298 zurückzukehren, die Verlobte früher eine gewerbliche Stellung inne, die sie in Erwartung der Ehe aufgegeben hat, so hat ihr Verlobter ihr eine gleich vorteilhafte und auch sonst gleich angemessene Stellung zu verschaffen: Stand für sie andernfalls eine Gehaltsaufbesserung zu erwarten, so würde dieses Moment natürlich auch dabei in Betracht gezogen werden müssen. Dies stellt den entgangenen Gewinn dar (vgl. oben § 3 S. 8).[3])

In ähnlicher Weise wird sich die Naturalherstellung für die Schadensfälle[4]) der §§ 824, 842 BGB. — § 843 dagegen schreibt einen Ersatz in Rentenform vor — vollziehen.

---

[1]) vgl. Köhler S. 5.
[2]) Köhler eod.
[3]) vgl. Oertmann zu § 252.
[4]) Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 16, 55.

Was den Anspruch auf Widerruf einer eine Kreditgefährdung herbeiführenden unwahren Behauptung angeht, so gelten die im vorigen Paragraphen dargelegten Grundsätze.

§ 11.

5. Modifikationen des Ersatzes durch Naturalherstellung durch die Bestimmung:

a) Des § 249 Satz 2.

„Ist wegen Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen."

1. Der Verletzte soll, so führt die Denkschrift[1]) zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches hierzu aus, — nicht darauf angewiesen sein, sich zum Zwecke der Herstellung eine in ihrem Erfolg recht zweifelhafte Einwirkung auf seinen Körper oder seine Sache durch den Ersatzpflichtigen gefallen zu lassen.

Der in seiner körperlichen Integrität Verletzte braucht sich seinem Peiniger nicht anzuvertrauen; wer meine Sache aus irgend welcher niedrigen Gesinnung beschädigt hat, soll keinen Anspruch darauf haben, sie wieder in die Hände zu bekommen, soll, wenn es sich um eine unbewegliche Sache handelt, nicht ohne meinen Willen in meiner Behausung verweilen dürfen.

2. Daß diese Bestimmung keine Ausnahmebestimmung zugunsten des reinen Geldersatzes darstellt, wie mancherseits gelehrt wird, haben wir bereits oben § 5 S. 11 auseinanderzusetzen gesucht.

3. Der Verletzte kann also, wenn er die Fertigkeit dazu besitzt, selbst, sonst durch Inanspruchnahme fremder Hilfe die Integrität seiner Person oder seiner Sache wiederherstellen. Die ihm hieraus entstehenden Kosten kann er, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Schuldner, wenn er die Herstellung ins Werk gesetzt hätte, weniger hätte aufzuwenden brauchen, von jenem fordern.[2])

4. Allerdings kann auch hier wiederum das Prinzip von Treu und Glauben im Einzelfall eine Ausnahme bedingen.[3])

Nehmen wir an, ein bei einem Bau beschäftigter Handwerker

---

[1]) Denkschr. S. 44.

[2]) Oertmann Anm. 3 zu § 249; Staudinger Anm. 3 zu § 249.

[3]) Crome 2, 1 S. 71.

stößt versehentlich eine Fensterscheibe ein; er versteht es, eine neue einzusetzen; oder ein auf dem Rade daherfahrender Arzt fährt ein auf der Straße spielendes Kind, das ihn durch ungeschicktes Ausweichen in die Enge getrieben hat, leicht an.

In solchen Fällen werden die Ersatzberechtigten — das Kind bezw. dessen Eltern, der Hausbesitzer — von ihrem Rechte, einen anderen Arzt zu konsultieren, letzterer, einen anderen Handwerker zu bestellen, absehen müssen, um unbillige Härten zu vermeiden, da auf diese Weise für den Beschädiger selbstredend größere Kosten entstehen würden, als wenn er die Reparatur selbst vornähme.

5. Ob der Gläubiger die Herstellungskosten de facto ihrer eigentlichen Bestimmung gemäß verwendet, ist an sich belanglos: er ist keineswegs dazu verpflichtet, der Ersatzpflichtige hat daran schließlich auch kein Interesse;[1]) nur wird ersterer natürlich nicht mehr nachfordern dürfen, wenn der ursprüngliche Schaden infolge Nichtvornahme der Reparatur sich vergrößert hat, während er sonst, wenn dieser Fall eintritt und der in Aussicht genommene Betrag nicht ausreicht, so viel nachfordern darf, bis die Summe, deren es zum Zwecke der Herstellung bedarf bezw. bedurft hat, erreicht ist.

6. Über die juristische Konstruktion des § 249 Satz 2 herrscht Streit. Die einen: Endemann,[2]) Pescatore und Crome, nehmen hier eine Alternativobligation, die herrschende Meinung vertreten durch Oertmann, Staudinger, Litten, v. Tuhr, Fischer, Matthiaß auch Weitz[3]) dagegen eine facultus alternativa mit Wahlrecht des Gläubigers an. Und dies mit Recht: denn einmal folgert diese Annahme aus dem Gesetzestext,[4]) sodann wird sie auch innerlich durch die sub 1 wiedergegebene Tendenz der Bestimmung gerechtfertigt: „Der Gläubiger braucht sich die vielleicht pfuscherhaften Herstellungsversuche des Schuldners nicht aufdrängen zu lassen."

---

[1]) Goldmann-Lilienthal S. 300 Anm. 10.

[2]) Endemann S. 128 Anm. 127; Pescatore, Die Wahlschuldverhältnisse, in Fischers Abh. zum PrivR. und Zivilprozeß Bd. 13 Heft 1 S. 275; Crome l. c. Anm. 15.

[3]) Oertmann 2. Aufl. S. 34; Staudinger Anm. 5 zu § 249; Litten, DieWahlschuld nach deutschem bürgerl. R. S. 111 ff., 119 ff., Berlin 1903; v. Tuhr, DJZ. Bd. 4 S. 306; Fischer, Der Schaden S. 203 ff.; Matthiaß I S. 344; Weitz, Die facultas alternativa S. 14 ff., Inaug.-Diss. Würzburg 1904.

[4]) Oertmann eod. l.; Weitz S. 14.

Wegen der praktischen Erheblichkeit des Unterschiedes der beiden Auffassungen s. unten ad 11.

Bei Annahme einer facultas alternativa müssen zwei Obligationen als vorhanden angesehen werden, nämlich erstens die auf Vornahme der — durch den Schuldner bezw. dessen Hilfspersonen zu bewirkenden — Naturalherstellung, sodann der hierzu erforderliche Geldbetrag.

Letzterer Anspruch ist vorerst bis zur Wahl der Gläubiger (suspensiv) bedingt.[1])

7. Die Bedingung tritt ein, wenn der Gläubiger den Geldbetrag wählt.

Die Wahl hat durch Erklärung gegenüber dem Schuldner zu erfolgen und ist unwiderruflich.[2])

Regelsberger[3]) leitete diese Folge für das gemeine Recht analog aus der für das Wahlrecht des Verkäufers geltenden lex commissoria ab; für das heutige Recht läßt sie sich gleichfalls aus der Analogie der Bestimmung des § 263 BGB. entnehmen.

Abweichender Ansicht ist Schollmeyer,[4]) der nur, wenn der Gläubiger den Geldbetrag fordert, einen Rückgriff auf die Herstellung ausschließt, nicht aber im umgekehrten Falle. Staudinger[5]) hält sogar den Gläubiger erst dann für gebunden, wenn eine der beiden Leistungen bewirkt ist.

Eine so weitgehende Fürsorge für den Gläubiger, wie sie in diesem Vorschlage zum Ausdruck kommt, ist aber u. E. nach der Bestimmung des § 251 entbehrlich, der den Gläubiger nötigenfalls, sobald die Herstellung „nicht genügend“ ausfallen sollte, in ausreichender Weise schützt, andrerseits erhöht sie, und dieser Umstand erscheint uns von besonderer Wichtigkeit, die Willkürstellung, die dem Gläubiger ohnehin schon nach dem Gesetz dem Schuldner gegenüber zusteht, noch wieder um ein Beträchtliches.

Dagegen unterliegt es keinem Bedenken und steht auch mit dem obigen Grundsatz nicht im Widerspruch, daß Gläubiger und Schuldner durch private Vereinbarung die Variationsbefugnis ein-

---

[1]) Regelsberger in Jherings Jahrb. Bd. 10 S. 167ff.; Fischer S. 206; Weitz S. 36ff.

[2]) Planck und Oertmann in ihrem Komm. Anm. 3 zu § 249.

[3]) Regelsberger l. c. S. 174/75.

[4]) Schollmeyer Anm. 4d zu § 249.

[5]) Staudinger l. c.

führen, z. B.: Ich habe den X, der meine Sache beschädigt hat, für einen wenig vertrauenswürdigen Menschen gehalten und daraufhin von meiner Wahlbefugnis aus § 249 Satz 2 Gebrauch gemacht. Später bin ich aber anders unterrichtet worden und will ihm nun, da er sich die Herstellung vielleicht billiger beschaffen kann, die Sache zu diesem Zweck herausgeben.

Dem steht, wenn der andere sich damit einverstanden erklärt, natürlich nichts im Wege![1])

8. Hinsichtlich der Wahl des Zeitpunktes für die Ausübung dieser Ermächtigung ist der Gläubiger durchaus unabhängig. Infolgedessen liegt die Gefahr nahe, daß der Gläubiger seine Befugnis zuungunsten des Schuldners, der seiner Willkür völlig preisgegeben ist, ausübt bezw. nicht ausübt, indem er ihn, wer weiß wie lange, warten läßt. Für die Fälle der Körperverletzung werden allerdings aus der Natur der Sache solche Bedenken sich nicht ergeben.

In dem unserem verwandten Falle der Alternativobligation mit Wahlrecht des Gläubigers bestimmt das Gesetz im § 264 Abs. 2, daß der Schuldner, sobald der Gläubiger mit der Ausübung der Wahl in Verzug gerät, ihm zwecks Vornahme derselben eine angemessene Frist einzuräumen habe, nach deren Ablauf das Wahlrecht auf ihn übergehe.

Eine analoge Anwendung dieser Bestimmung ist aber für den Fall der facultus alternativa des Gläubigers nicht angängig, weil die beiden Ansprüche, wie schon hervorgehoben worden ist, nicht im alternativen, sondern im event. Verhältnis zueinander stehen, vorerst also nur eine Obligation mit einem Leistungsgegenstand vorhanden ist.[2])

Hierzu kommt noch die faktische Erwägung, daß an der Auslösung der Bedingung in unserem Falle fast nur der Ersatzgläubiger interessiert sein wird, während der Ersatzschuldner sich wohl kaum für eine Verpflichtung entscheiden wird, die das Mißtrauen gegen ihn diktiert hat.

Der § 249 Satz 2 enthält nämlich, wie schon oben erwähnt ist, eine Präsumption gegen die Vertrauenswürdigkeit des Schuldners, derzufolge der Verletzte im Falle der Körperverletzung und Sach-

---

[1]) vgl. Fischer S. 204.

[2]) Regelsberger l. c. S. 160 und 167.

beschädigung ohne weiteres die Leistung des zur Herstellung erforderlichen Geldbetrages verlangen darf.

Entscheidet sich dieser nun nicht sofort hierfür, so rechtfertigt das für den Schuldner den Schluß, daß er es von vornherein nicht habe negieren, vielmehr seinem späteren Urteil habe vorbehalten wollen, ob er ihm event. doch Vertrauen schenken werde oder nicht.

Will letzterer sich endgültige Gewißheit verschaffen, so wird er ihm der allgemeinen Tendenz unseres Gesetzbuches in solchen Fällen ungewisser Schwebe folgend eine entsprechend angemessene Frist mit der Erklärung setzen müssen,[1]) daß, wenn bis zum Ablauf der Frist eine Entscheidung seinerseits nicht erfolgen sollte, er annehmen werde, daß die in der Zwischenzeit bezüglich seiner Vertrauenswürdigkeit von ihm angestellten Erkundigungen zu seinen Gunsten ausgefallen seien und er es infolgedessen bei der Herstellung durch ihn, den Schuldner, bewenden lasse.

Denn einen anderen Zweck als den oben bedeuteten kann das Zögern in der Vornahme der Wahl durch den Gläubiger, wenn anders es überhaupt rechtliche Beachtung verdienen soll, nicht haben.

9. Spätestens kann die Wahl durch die Klageerhebung auf eine der beiden Leistungen geschehen; eine Hinausschiebung derselben bis zur Zwangsvollstreckung kann nicht mehr als zulässig angesehen werden.[2])

10. Die Bedingung fällt aus:

a) wenn der Gläubiger die Herstellung wählt. Die hierfür in Betracht kommenden Grundsätze sind in dem soeben Vorgetragenen enthalten. Es bedarf demnach nur eines Hinweises auf dieselben. Nachgetragen soll nur noch werden, daß durch die Wahl der Herstellung der Gläubiger das Recht behält für den Fall, daß der Schuldner mit der Herstellung säumig wird, die Fristsetzung nach § 250 BGB. vorzunehmen, während dieses Recht erlischt, wenn er den zur Herstellung erforderlichen Geldbetrag wählt; eine Umwandlung dieser Forderung in eine Forderung auf das Interesse findet nicht statt.

b) Wenn die Herstellung bewirkt ist, sei es, daß der Schuldner sie vorgenommen hat, bevor der Gläubiger überhaupt etwas von

---

[1]) Abweichend Weitz S. 15.

[2]) Fischer S. 204.

der Beschädigung seiner Sache erfahren oder aber bevor er seine Entscheidung getroffen hat.

Mit dem Einwand, daß er hierdurch in seinem Wahlrecht beschränkt worden sei, wird man ihn nicht zu hören brauchen. Diesen Einwand würde er z. B. wohl dann erheben, wenn er, wozu er an sich berechtigt ist, über den „Geldbetrag" bereits anderweitig verfügt hat. Denn der Gedanke, daß wo ein Schaden entstanden ist, ein Ersatz, ein Ausgleich desselben zu erfolgen habe, ist doch der ursprüngliche und innerlich mehr gerechtfertigte, dem jener durch die Praxis erforderte Notbehelf nicht vorgezogen werden darf.

Der Haftpflichtige exkulpiert sich demnach mit der Replik, daß ein Schaden nicht mehr vorhanden sei.[1])

11. Die Frage, welche Folgen der spätere, vom Schuldner nicht zu vertretende Untergang des beschädigten Gegenstandes auf die Ersatzverpflichtung des letzteren ausübe, beantwortet sich je nach den oben sub 6 benutzten Konstruktionsmethoden des § 249 Satz 2 verschieden.

Nach derjenigen Lehre, welche schlechthin eine Alternativobligation annimmt, ist der Schuldner frei geworden, insbesondere nicht zur Zahlung der Herstellungskosten verpflichtet (§ 275 BGB.).

Litten,[2]) ein Vertreter der herrschenden Lehre, welche in Satz 2 des § 249 eine facultas alternativa mit Wahlrecht des Gläubigers sieht, kommt zum selben Resultat auch vom Standpunkt seiner Lehre, ebenso v. Tuhr.

Indes zu Unrecht. Beide lassen sich von der Ansicht, daß mit dem Untergang der Sache der primäre Anspruch auf Reparatur unmöglich geworden sei, zu der Annahme verleiten, daß nunmehr jeglicher Ersatzanspruch aufgehört habe.

Mit Nichten! Dagegen spricht einmal, wie Oertmann treffend hervorhebt, der Grundsatz, daß der einmal entstandene Schadensersatzanspruch nicht dadurch beeinträchtigt werden kann, daß der Schaden auch durch ein anderes späteres Ereignis nachträglich eingetreten wäre.[3])

Es spricht ferner entschieden dagegen die Bestimmung des

---

[1]) vgl. JurW. 1903 S. 234; abweichend Das Recht 1902 Nr. 583.

[2]) Litten l. c.; v. Tuhr l. c.

[3]) Oertmann Anm. 3a Abs. 2 zu § 249.

§ 251 Abs. 1 BGB., die nicht nur den Fall anfänglicher Unmöglichkeit, sondern auch den Fall eines späteren Unmöglichwerdens der Naturalherstellung ins Auge faßt, wobei hiernach ganz allgemein ein Anspruch auf Geldentschädigung gegeben ist.[1])

„Besteht nun aber allgemein ein derartiger Anspruch auf Geldentschädigung bei Unmöglichwerden des Naturalersatzes, so kann bei dem von vornherein gegebenen Anspruch auf Geldentschädigung des BGB. § 249 Satz 2 das Unmöglichwerden des Naturalersatzes nicht den Anspruch auf Entschädigung ausschließen."[2]) [3])

12. Für die Fälle,[4]) in denen eine vollkommene Zerstörung oder Vernichtung von Sachen stattgefunden hat, trifft unsere Bestimmung nicht zu. Es findet alsdann entweder Interesseersatz nach § 251 oder Lieferung gleichartiger und gleichwertiger Sachen statt (vgl. oben S. 9, 10).

§ 12.

b) Des § 251 Abs. 2.

1. Der Bestimmung des § 251 Abs. 2 liegt die auf Gründen wirtschaftlicher Zweckmäßigkeit beruhende Erwägung zugrunde, daß die zur Erreichung eines bestimmten Erfolges in Anwendung zu bringenden Mittel zu dem Erfolge selbst in einem gewissen proportionierten Verhältnisse stehen müssen.

Überschreiten sie dieses gewisse Maß, so liegt eine Verschwendung von Kräften vor, die von jenem Standpunkt aus Mißbilligung verdient.

2. Außer in dieser Bestimmung ist derselbe Grundsatz nur noch für den Werkvertrag im § 633 Satz 2 BGB. ausdrücklich ausgesprochen worden. Mit Recht hat v. Tuhr[5]) dies als eine Lücke in unserem Gesetz bezeichnet, da er auch bei allen anderen,

---

[1]) Oertmann l. c.; Weitz S. 15.

[2]) Dechamps, Die obligatorischen Wahlverhältnisse nach dem Rechte des BGB. S. 78, Diss. Freiburg 1901.

[3]) Nicht unbedenklich erscheint uns, was Siber in der Krit. VSchr. 1904 S. 356 zur Rettung des Anspruches auf Geldersatz aus § 275 BGB. sagt zwingender ist in jedem Falle Oertmanns Widerlegung; Littens s. oben.

[4]) Goldmann-Lilienthal S. 300 Anm. 9; Staudinger Anm. 3b zu § 249.

[5]) v. Tuhr in Jherings Jahrb. Bd. 46 S. 56 ff.

auf Herstellung gerichteten obligatorischen und dinglichen Ansprüchen am Platze gewesen wäre.

Die Praxis wird demnach in solchen Fällen, um unbilligen Resultaten vorzubeugen, von der Bestimmung des § 242 häufiger Gebrauch machen müssen, und daß sie es tut, habe ich während meiner bisher zwar noch kurzfristigen Ausbildung schon häufig beobachten können.[1])

3. In den Fällen also, in welchen die Naturalherstellung an den Ersatzpflichtigen Anforderungen stellt, die zur Erreichung des Erfolges in auffallendem Mißverhältnis stehen — es macht dabei auch keinen Unterschied, ob der Schuldner wenig oder sehr bemittelt ist — darf der letztere sich durch Geldersatz befreien.

Als „sozialer Sachverständiger" fungiert der Richter.

Er hat das Interesse des Gläubigers an der Herstellung auf der einen Seite gegen die zur Bewirkung derselben erforderlichen Aufwendungen auf der anderen Seite, zu denen übrigens nicht bloß solche materieller Natur, sondern auch Arbeit, Mühe und Anstrengungen zuzurechnen sein werden, abzuwägen. Neigt sich die Wagschale erheblich zuungunsten der letzteren — aber auch nur dann,[2]) denn eine gewisse, auch erhöhte Kraftanstrengung darf man dem Schuldner vom „höheren Interesse des Gläubigers" aus zumuten —, so wird er sich für den Geldersatz, andernfalls für ein Verbleiben bei der Naturalherstellung zu entscheiden haben.

4. Da die Vorschrift des § 251 Abs. 2 eine Erleichterung für den Schuldner bezüglich seiner Pflicht zur Naturalherstellung überhaupt bedeutet, umfaßt sie natürlich auch den im § 249 Satz 2 geregelten Fall modifizierter wirtschaftlicher Herstellung,[3])[4]) sie umfaßt ferner den Fall, daß der Gläubiger teilweise Herstellung fordert; andernfalls käme der Schuldner, wie ein Schriftsteller richtig hierzu bemerkt, „vom Regen in die Traufe".

5. Auf die dem Schuldner eingeräumte Ermächtigung „Ersatz-

---

[1]) vgl. Dernburg II, 2 § 217 Ziff. 3.

[2]) vgl. Jacubetzky, Bemerkungen zum Entw. eines BGB. für das Deutsche Reich zu § 129 a. F.

[3]) Kaufmann S. 44 II, 2.

[4]) Hierdurch tritt ein weiterer bedeutungsvoller Unterschied des häufig miteinander verwechselten zur Herstellung erforderlichen Geldbetrages und des reinen Geldersatzes hervor; irreführend ist nach dem oben Gesagten besonders der Sprachgebrauch Schollmeyers in Note 3 zu § 251.

erfüllung", wie Endemann[1]) sie nennt, finden die für die sogen. facultas alternativa, deren Anwendungsfall sie darstellt, bestehenden Grundsätze Anwendung.[2])

In obligatione ist die Naturalherstellung, in solutione neben 1. dieser, 2. die Entschädigung des Gläubigers durch die Leistung des Interesses.

Wird die Schwierigkeit ihrer Erfüllung zur wirklichen Unmöglichkeit, so tritt die allgemeine Bestimmung im § 251 Abs. 1 in Geltung: eine Befreiung des Schuldners tritt also nicht ein.

6. Was die prozessuale Geltendmachung der dem Schuldner eingeräumten Ermächtigung anlangt, so ist folgendes zu bemerken.

Insofern die Leistung der Entschädigung in Geld ein Recht, keine Pflicht des Schuldners darstellt,[3]) darf der Gläubiger den Klageantrag sowohl wie die Zwangsvollstreckung nur auf die Naturalherstellung richten.

Es fragt sich nur, wie zu verfahren ist, wenn der Schuldner Geldentschädigung wählt oder, wozu er berechtigt ist, sich einen Vorbehalt seiner alternativen Ermächtigung in das Judikat aufnehmen lassen will.

Sind die Parteien über das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzung, der Notwendigkeit unverhältnismäßiger Aufwendungen einig, so wird sich die Lösung einfach in der Weise vollziehen, daß der Kläger, wenn Beklagter seine Berufung auf § 251 erst im Prozeß vorgebracht hat, seinem Klageantrag durch Abänderung desselben den vom Beklagten mit Rücksicht auf § 251 Abs. 2 gewünschten Inhalt gibt.

Eine solche Klageänderung[4]) ist nach § 268 Ziff. 3 ZPO. als zulässig anzusehen, zumal das Reichsgericht es als Voraussetzung für die Anwendbarkeit[5]) der angezogenen Bestimmung genügen läßt, daß dem Kläger ohne sein Verschulden die Veränderung des Streitgegenstandes nach der Klageerhebung unbekannt war.

Schollmeyer[6]) macht bezüglich der prozessualen Geltend-

---

[1]) Endemann I S. 667 Anm. 4.

[2]) s. auch Litten S. 111 ff.; Pescatore S. 153.

[3]) Fischer S. 211.

[4]) Neumann Anm. 5 zu § 251; Staudinger Anm. 6 zu § 251; Fischer S. 212.

[5]) s. JurW. 1890 Nr. 5 S. 25.

[6]) Schollmeyer Anm. 3 zu § 250.

machung der schuldnerischen Ermächtigung den Vorschlag, dem Schuldner eine Feststellungswiderklage zu geben, des Inhalts, daß er befugt sei, sich durch Leistung von so und soviel von der Herstellungspflicht zu befreien. Mit Rücksicht auf diejenigen Fälle, bei denen die Sachlage so einfach wie die eben geschilderte gestaltet ist, erscheint seine Durchführung jedoch zu umständlich, als daß man sich mit ihm in praxi befreunden könnte. Außerdem zeitigt dieser Vorschlag noch die von Schollmeyer selbst als „mißlich" bezeichnete Folge, daß nämlich der Schuldner hier für die Höhe der an den Gläubiger zu entrichtenden Geldentschädigung beweispflichtig ist, während er diesem Übelstand auf dem anderen Wege entgeht.

7. Insofern die sub 6 besprochene Klageänderung aber doch im Belieben des Klägers steht, müssen wir uns auch mit der Frage abfinden, was zu geschehen hat, wenn der Kläger sie nicht vornehmen will.

Schollmeyer und Endemann[1]) entscheiden sich negativ für Nichtabweisung der Klage; worauf der Richter zu erkennen habe, sagen sie nicht.

Da der Geldersatz der Herstellung[2]) gegenüber kein minus, sondern ein aliud, eine zwar durch ihren Fortfall bedingte, jedoch ihr an sich gleichwertige Beseitigungsart des Schadens darstellt, darf der Richter, wenn der Antrag auf Naturalherstellung allein gestellt ist, nicht auf jenen, sondern er muß — und hiermit stellen wir uns zu den eben zitierten Schriftstellern in Gegensatz — auf Abweisung des Klägers mit seiner Klage erkennen.[3])

Ausschlaggebend ist hierbei einfach die Erwägung, daß derselbe durch seine Weigerung eine Kondemnation in Geld vereitelt (§ 308 ZPO.), aber diese, nachdem die Naturalherstellung aus dem Grunde des § 251 Abs. 2 ausgeschieden ist, die einzig in Betracht kommende bleibt.

Der Richter, der die Voraussetzungen jener Bestimmung für vorliegend erachtet, die Verpflichtung zur Naturalherstellung trotzdem zum Inhalt des Judikats machen wollte, würde zu einer contradictio in adjecto gelangen, sich auch mit dem Geist und dem Wortlaut des Gesetzes in Widerspruch setzen: Er darf somit nur auf Klageabweisung erkennen!

---

[1]) Schollmeyer l. c.; Endemann § 128 Anm. 37.

[2]) Neumann, Fischer l. c.

[3]) Neumann eod.; Staudinger l. c.

8. Zeigt sich die Unverhältnismäßigkeit der aufzuwendenden Mittel erst während der Zwangsvollstreckung — und in praxi wird dieser Fall keineswegs zu den Seltenheiten gehören — so muß es in Verfolg des jener Bestimmung zugrunde liegenden Prinzips [1]) auch hier dem Ersatzpflichtigen noch gestattet werden, sein Wahlrecht im Sinne der zweiten Alternative auszuüben. Den prozessualen Weg weist ihm der § 767 ZPO.

Ist dem Schuldner die alternative Ermächtigung im Urteil vorbehalten worden, so steht ihm die Entscheidung darüber, welche Alternative er wählen will auch noch nach begonnener Zwangsvollstreckung — analog § 264 — zu, bis die Naturalherstellung ganz oder zum Teil bewirkt ist.

6. Die Fristsetzung des § 250.

§ 13.

Der § 250 bietet dem Gläubiger eine bequeme Handhabe, seinen Anspruch auf Schadensersatz durch Naturalherstellung in einen solchen auf reinen Geldersatz umzuwandeln, müßte er sonst, um dieses Ziel zu erreichen, entweder den Nachweis der Unmöglichkeit der Naturalreparation führen, ein nicht selten wohl recht schwieriges Beginnen, oder aber den umständlichen Weg des § 283 BGB. einschlagen, so gewährt ihm jene Vorschrift das Recht, ohne jegliche weitere Voraussetzung, also auch ohne daß es einer Inverzugsetzung des Schuldners bedürfte, dem Ersatzpflichtigen eine angemessene Frist zur Herstellung mit der Erklärung zu bestimmen, daß er nach fruchtlosem Ablauf derselben die Herstellung ablehnen werde.

Im einzelnen sei nun hierzu folgendes bemerkt:

1. Die Frist, welche der Gläubiger dem Schuldner zu setzen hat, soll eine angemessene sein. Hierzu ist erforderlich, daß sie sowohl den Interessen des Gläubigers an einer möglichst baldigen Beseitigung des der normalen Rechtslage widersprechenden Zustandes, als auch denen des Schuldners gerecht wird, dem eine nach Verhältnis seiner Kräfte billige Spanne Zeit gelassen werden muß, innerhalb deren er die Herstellung ins Werk setzen kann.[2])

[1]) Ebenso Endemann § 128 Anm. 37.

[2]) Fischer S. 117; vgl. Oertmann Anm. 3 zu § 250.

Steht die Interesselosigkeit des Gläubigers an der Herstellung von vornherein fest oder aber ist sie mit Bestimmtheit bis zu der Zeit, bis zu welcher sie frühestens bewirkt werden kann, zu erwarten, so bedarf es einer Fristsetzung nicht, da eine „angemessene" Frist hier eben nicht gewährt werden kann. Die Umwandlung des Herstellungsanspruchs in einem solchen auf das Interesse vollzieht sich alsdann ohne weiteres sofort (vgl. § 326 Abs. 2).[1])

2. Daß die Frist konkret nach Stunden, Tagen, Wochen usw. umschrieben sein muß, ist nicht Voraussetzung einer angemessenen Fristsetzung. Es genügt völlig deren „Bestimmbarkeit". Auch läßt sich, wie Fischer[2]) zu Recht ausführt, nichts dagegen einwenden, daß der Gläubiger dem Schuldner die Auslegung des Gesetzeswortes „angemessene Frist" überläßt, wenn er ihm also etwa nur sagt: „Wenn ich die Sache nicht innerhalb angemessener Frist wiederhergestellt bekomme, werde ich X Mark als mein Interesse verlangen usw." „Es ist nicht abzusehen", fährt jener fort,[3]) „warum der Gläubiger die Einfügung dieser individuellen Bestimmungsfaktoren in den objektiv bestimmbaren Begriff nicht sollte überlassen dürfen, zumal der Schuldner dieselben, insofern es sich darum handelt, in welcher Frist er die Herstellung zu bewerkstelligen vermag, besser kennt als der Gläubiger."

3. Bezüglich der Frage, was zu geschehen hat, wenn die vom Gläubiger gesetzte Frist eine unangemessene ist, herrscht Streit.

Planck,[4]) Oertmann[5]) und Schollmeyer[6]) folgern aus dem Umstand, daß die im § 250 bestimmte Rechtsfolge nur an den Ablauf einer angemessenen Frist angeknüpft ist, streng logisch die rechtliche Irrelevanz einer zu kurz bemessenen Frist — war die Frist zu lang gesetzt, so behält es bei dieser ihr Bewenden; hierüber herrscht wohl auch kein Streit[7]) —, sie soll alsdann als überhaupt nicht gesetzt gelten.

---

[1]) vgl. Crome II, 1 S. 67 Note 10.

[2]) Fischer S. 215; ebenso Staudinger und Oertmann, ersterer im § 4, letzterer im § 3 seines Komm. zu § 250.

[3]) Fischer eod.

[4]) Planck Anm. 2 zu § 250.

[5]) Oertmann Anm. 3 zu § 250. Abweichend allerdings in der 2. Aufl. 1 u. 3c Abs. 2.

[6]) Schollmeyer Anm. 5 zu § 250.

[7]) vgl. alle in diesem Paragraph Angeführten l. c.

Cosack,[1]) Romeick, Dernburg und Fischer-Henle dagegen lassen zwar ebenfalls die Rechtswirkung erst mit dem Ablauf einer wirklich angemessenen Frist eintreten, sie widersprechen jedoch der Ansicht jener insofern, als sie die kurz bemessene Frist nicht für durchaus unwirksam halten, sondern dieselbe auf den längeren „angemessenen" Zeitraum, der durch jenen kürzeren aber zugleich in Lauf gesetzt wird, in Anrechnung bringen.

Die Praxis wird sich m. E. so verhalten, daß sie je nach der Absicht, die der Gläubiger mit der Fristsetzung verband, bald den einen, bald den anderen Weg einschlagen wird. Wenn die Unangemessenheit der Fristsetzung so offen zutage liegt, daß sie auch für den Gläubiger unzweifelhaft erkennbar war, somit die Möglichkeit der Herstellung innerhalb derselben ausschloß, wird sie unter völliger Ignorierung der bisher gesetzten Frist von jenem eine erneute Fristsetzung verlangen; im Falle, daß jene Voraussetzung aber nicht zutrifft, so daß also der Schluß gerechtfertigt erscheint, der Gläubiger habe eine in der Tat „angemessene" Frist zu setzen vermeint,[2]) mit deren stillschweigender eventueller Verlängerung im Falle ihres Nichtausreichens er sich gleichfalls habe einverstanden erklären wollen, wird sie der anderen Lehre folgend ohne Wiederholung jener Fristsetzung nur eine Ergänzungsfrist für erforderlich, aber auch für ausreichend halten.

Letzterenfalls muß der Schuldner also sofort ans Werk gehen!

4. Die Herstellung, die der Ersatzpflichtige innerhalb einer wirklich, d. h. unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen als angemessen zu bezeichnenden Frist bewirkt, ist als „rechtzeitig" im Sinne des § 250 BGB. Satz 2 anzusehen.[3])

Der Gläubiger muß sie als solche gelten lassen, dort also insbesondere nicht einwenden, daß sie die von ihm — willkürlich — vorgeschriebene Dauer überschritten habe.

Ist die angemessene Frist verstrichen, ohne daß die Herstellung erfolgt wäre, so erlischt sowohl der Anspruch des Gläubigers auf dieselbe — die von Kuhlenbeck[4]) früher vertretene Ansicht, daß

---

[1]) Cosack I S. 346; Romeick, Zur Technik des BGB I, Fristbestimmung 1901; ders. DJZ. 1901 S. 37 ff. bezw. S. 495; Dernburg II § 33 Ziff. 4; Fischer-Henle Anm. 1 zu § 250.

[2]) Goldmann-Lilienthal S. 300.

[3]) Abweichend: Planck l. c.

[4]) Kuhlenbeck, Das BGB. für das Deutsche Reich, Berlin 1899, 1903, Anm. 2 zu § 250.

ihm dieses Recht verbleibe, der Fristablauf des § 250 Satz 2 nur zu seinen Gunsten wirke, hat er in einer späteren Auflage seines Kommentars aufgegeben —, andrerseits verwirkt aber auch der Schuldner „den Anspruch darauf, daß er sich durch Naturalherstellung befreien dürfe", und es steht demnach nur noch Geldersatz in Frage.[1] [2])

7. Die Naturalherstellung in der Gerichtspraxis.

§ 14.

In den Entscheidungssammlungen derjenigen Rechtsgebiete, in denen das Naturalherstellungsprinzip schon vor dem 1. 1. 1900, dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches, Geltung gehabt hat, finden sich zahlreiche Beispiele für seine praktische Gestaltung.

Unter anderem begegnen wir hierbei zahlreich Fällen, in denen als Herstellung eine bare Geldleistung erscheint, die sich also, rein äußerlich betrachtet, vom Geldersatz nicht unterscheidet.[3])

Und doch handelt es sich hierbei auch nur wieder um Fälle einer strikt durchgeführten Naturalreparation.

Der Schaden, der von vornherein in dem Entbehren einer Summe baren Geldes bestanden hat, wird durch die Hingabe wiederum baren Geldes wettgemacht (vgl. die Entsch. d. RG. Bd. 17 S. 109 ff., Bd. 38 S. 17 und die große Reihe der bei Rehbein[4]) zusammengestellten Entscheidungen, vorzüglich aus dem Handelsrecht und Wechselrecht [Striethorsts Archiv Bd. 50 S. 216; ROHG. Bd. 2 S. 389, Bd. 12 S. 316 usw.]).

2. In einer in der Zeitschrift „Das Recht" unter Nr. 2451 im Jahre 1904 mitgeteilten Entscheidung des Reichsgerichts hat das höchste Gericht eine Entscheidung getroffen, in der die Geltendmachung des Prinzips des § 249 BGB. im Wege der Einrede geschieht.

Ein offener Handelsgesellschafter hatte kraft seiner Vertretungsmacht hinter dem Rücken seines Mitgesellschafters die

---

[1]) Prot. S. 595; vgl. Behrend, DJZ. 1897 S. 342.

[2]) Planck Anm. 1 zu § 250; Oertmann Anm. 4 zu § 250; Dernburg II, 1 § 33 Anm. 7; vgl. hierzu Romeick S. 22 ff.

[3]) vgl. Fischer S. 188; Spittel, Über das Verhältnis der Herstellung zum Geldersatz im BGB., Greifswald 1900, S. 13.

[4]) Rehbein S. 60.

Gesellschaft als Bürgin für eine Privatschuld eintreten lassen. Als die Schädigung der Gesellschaft hierdurch vorauszusehen war, hat der andere Gesellschafter geklagt, und das Gericht erkannte, daß er dem Anspruch des Gläubigers aus der Bürgschaft (gemäß den Vorschriften der §§ 826, 249 BGB.) die Einrede entgegensetzen dürfe, daß er den durch unerlaubte Handlung erlangten Anspruch nicht gegen die Gesellschaft verfolgen dürfe.

In Verfolg dieses Prinzips, insbesondere auch nach den in dieser Richtung in den Motiven zum heutigen § 826 BGB. gemachten Ausführungen dürfte fortab auch eine in der Praxis bisher sehr ungleich behandelte Streitfrage zur Ruhe kommen: nämlich diejenige, die sich mit dem Thema beschäftigt, was zu geschehen hat, um dem Schuldner einer mit einer gegen einen dritten Erwerber nicht zulässigen Einrede behafteten Forderung seine Rechte zu sichern, falls der Dritte die Forderung zu eben diesem Zwecke veräußert, um dem Schuldner die Einrede abzuschneiden. Als Hauptfall erscheint das sogen. fiduzarische Indossament zwecks Inkasso, auch Inkassomandatindossament genannt. Um den Einreden, die der Aussteller, Akzeptant oder sonstige Wechselverpflichtete gegen ihn geltend machen kann, zu begegnen, indossiert der letzte Indossant den Wechsel weiter, und zwar mit den Vorteilen der in Art. 82 der WO. statuierten Wechselstrenge.

In der Beurteilung dieses Rechtsvorganges bezw. seiner Folgen hat nun die Wissenschaft und Praxis sehr geschwankt.[1]) Je nachdem der Inkassomandant oder Mandatar doli participes waren, hat das Reichsgericht und Reichsoberhandelsgericht sich für bezw. gegen die Zulässigkeit der die Einrede gegen den Inkassomandanten regenerierenden exceptio doli ausgesprochen. Das erstere entschieden in einem für den Verpflichteten günstigen Sinne, indem es in der Vornahme eines solchen Rechtsgeschäftes einen Verstoß gegen die guten Sitten erblickte. Den hierdurch entstandenen Schaden, den Verlust der Einrede, beseitigt es durch Wiederherstellung derselben, und zwar mit der Richtung gegen den Inkassomandatar.

Die Motive zum § 705 (heutigen § 826) BGB. beurteilen die Frage in der gleichen Weise. Insofern durch den geschehenden Einredeverlust der Schuldner geschädigt wird, räumen sie ihm konform mit den Entscheidungen des Reichsgerichts nach Maßgabe

---

[1]) Staub, Komm. z. allgem. deutschen WO. Anm. § 8 zu Art. 17.

des § 219 (heutigen § 249) einen Anspruch auf Zulassung der durch die Veräußerung ausgeschlossenen Einrede ein, „einen Anspruch, welchen er auch im Wege der Einrede geltend machen kann".[1]) Bezüglich der Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des § 705 (§ 826 i. s. h. F.) für derartige Fälle heißt es dort weiter[2]): „Der § 705 deckt nicht nur die Fälle, in welchen der Veräußerer und der Erwerber arglistig gehandelt haben oder der Erwerber allein, sondern auch den Fall, in welchem lediglich dem Veräußerer ein Verschulden zur Last fällt und es sich darum handelt, ob der Veräußerer dem zur Zahlung genötigten Schuldner zum Schadensersatz verpflichtet ist. Diese Frage muß, da die Veräußerung als eine kraft der allgemeinen Freiheit an sich erlaubte Handlung anzusehen ist, nach § 705 gleichfalls bejaht werden."

Somit wird der Rechtsbehelf, der sich aus dem § 826 in Verbindung mit § 249 ableiten läßt, einen für die Praxis des heutigen Rechts willkommenen Ersatz, für die im gemeinen Recht, wenngleich dort mit größerer Kompetenz in solchen Fällen angewandte exceptio doli generalis bilden (vgl. RG. Bd. 58 S. 356 ff.; ferner Josef im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 20 S. 47).

3. Degenkolb[3]) hat in seinem mehrfach berührten Aufsatz (vgl. § 6 seiner Abhandlung S. 18 ff., 28 ff.) die Regelung der Naturalherstellung als der prinzipiellen Form der Ersatzleistung aus rechtstechnischen Gründen für unratsam gehalten.[4]) Er besorgte vor allen Dingen Grenzverschiebungen in bezug auf System und Gliederung der Klagen, insbesondere die fälschliche Auffassung aller auf Naturalreparation gerichteten Klagen als Schadensersatzklagen: „Vindicatio und actio negatoria werden zur Schadensersatzklage in ihrer charakteristischen Grundrichtung auf Herausgabe der Sache oder auf Beseitigung der störenden Anlage." Gewiß! Der Besitzer oder Eigentümer, dem seine Sache widerrechtlich entzogen ist, wird sehr häufig mit demselben Erfolge aus § 985 bezw. 1007 oder 861, wie aus §§ 823, 826 in Verbindung mit § 249 klagen können: der in seinem Eigentum Beeinträchtigte nicht selten mittels der Naturalherstellung ebensogut wie nach § 1007 sein Ziel, die Beseitigung der Beeinträchtigung verfolgen können.

---

[1]) Mot. S. 755.
[2]) Mot., eod.
[3]) Degenkolb a. a. O.
[4]) Degenkolb a. a. O. § 6; vgl. oben S. 3.

Nichtsdestoweniger hat man aber beide Ansprüche durchaus voneinander zu trennen. Dies heben die Motive und das Reichsgericht besonders hervor, letzteres im Bd. 51 S. 411: „Daß die in § 1004 angeordnete Beseitigung der Beeinträchtigung des Eigentums unter die Vorschriften der §§ 249 und 251 falle, beruht auf einem Irrtum."

Zwar legt der § 249 auch dem, der zum Schadensersatz verpflichtet ist, die Wiederherstellung des früheren Zustandes auf, aber keineswegs ist solche Wiederherstellung in allen Fällen als Schadensersatz aufzufassen und gewiß nicht im Falle des § 1004, was schon daraus hervorgeht, daß die Verpflichtung zum Schadensersatz allemal ein Verschulden voraussetzt, der Eigentumsanspruch aus § 1004 dagegen nicht: Dieser Anspruch entsteht vielmehr unmittelbar aus der Tatsache der Eigentumsverletzung. Bei Anwendung der Schadensersatzbestimmungen, insbesondere des § 251 Abs. 2, auf Eigentumsverletzungen könnte zu einer Enteignung des Eigentums führen, die das Gesetz sicher nicht zulassen wollte.[1])

4. Einer ähnlichen Klagenkonkurrenz wie hier begegnen wir im Falle eines durch deliktische Täuschung oder Drohung veranlaßten Vertragsschlusses in der Hand des Getäuschten bezw. Bedrohten.[2])

Hier konkurriert einmal der aus § 123 BGB. entspringende Anfechtungsanspruch auf der einen mit dem sich auf die unerlaubte Handlung (§ 826) gründenden Schadensersatzanspruch auf der anderen Seite, insofern beide zunächst das gemeinsame Ziel haben, die Folgen des deliktischen Vertragsschlusses zu beseitigen. — Während der dinglich wirkende Anfechtungsanspruch sich aber hierin erschöpft, d. h. also höchstens den Ersatz des „negativen Interesses" gewährleistet, bietet der dem Delikt entspringende Ersatzanspruch dem Getäuschten bezw. Bedrohten einen umfassenderen Schutz, insofern er ihnen den — in seinem Umfange sich wiederum nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 249 ff. richtenden — Ersatzanspruch gegenüber dem anderen Vertragsteil, mithin nach der Bestimmung des § 252 BGB. auch einen Anspruch auf den „entgangenen Gewinn" gewährt.

---

[1]) Wegen der Mot. vgl. zum § 943 (heute 1004) S. 425 in Bd. 3 der amtlichen Ausgabe.

[2]) RG. Bd. 59 Nr. 46; JurW. 1904 Nr. 6 S. 140; Seufferts Archiv Bd. 41 Nr. 108, Bd. 46 Nr. 88, Bd. 54 Nr. 210; vgl. Staudinger Anm. 4 zu § 249.

Sodann zeitigt er noch den praktisch gleichfalls sehr erheb-Vorteil, daß seine Verjährung an den Ablauf einer dreijährigen Frist geknüpft ist, während die Anfechtung innerhalb der Präklusivfrist eines Jahres erfolgen muß (vgl. §§ 852, 124 BGB.).

II. Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatz durch Naturalherstellung (§§ 15—16).

§ 15.

8. Allgemeines. Begründung des Problems.

1. Die Wirkung eines Schadensereignisses pflegt sich in der Regel — und hierauf haben wir schon in der Einleitung unserer Abhandlung hingewiesen[1]) — nicht in der ersterfolgenden nachteiligen Beeinflussung des betroffenen Rechtsgutes zu erschöpfen.

In der weitaus größten Anzahl der Fälle löst dasselbe eine Reihe weiterer Einwirkungen aus, die nur ihrer Art nach entweder wiederum nachteiliger, den entstandenen Schaden vergrößernder oder vorteilhafter, die Lage des Geschädigten günstiger gestaltender, Natur sein können.

„Bei jedem Unglück gibt es auch ein Glück" und „mit einem Unglück ist's nie allein geschehen" sagt der Volksmund und gibt hiermit mutatis mutandis den oben ausgesprochenen Gedanken in beiden Richtungen wieder. Wie es nun einerseits Pflicht desjenigen, der einen Schaden angerichtet hat, ist, für die nachteiligen Folgen seines schadenstiftenden Handelns einzustehen, muß es auch andrerseits dem Schädiger wiederum verstattet sein, wenn dasselbe schädigende Handeln dem Geschädigten einen Gewinn zugeführt hat, diesen auf den von ihm zu ersetzenden Schaden zur Ausgleichung zu bringen; andernfalls würde der Geschädigte durch den Ersatz mehr erhalten, als was sein Schaden ausmacht, dessen Ausgleich allein aber vom Schadensersatz bezweckt wird. „Der Geschädigte soll nicht ärmer, er soll aber auch nicht reicher werden durch den Ersatz." Diese Erstattungs- oder Ausgleichungspflicht erstreckt sich selbstredend auf die Vorteile aller Schadensarten: es sind also auch die Vorteile, die event. bei einer Schädigung

[1]) vgl. § 1.

an immateriellen Gütern oder in der Erwerbsstellung zutage treten, zur Ausgleichung zu bringen![1])

Insofern man zunächst sowohl den zugefügten Schaden, als auch den durch denselben vermittelten Gewinn als in Geld bestehend ins Auge gefaßt hat, so daß sich Vorteil und Nachteil durch Aufrechnung der dem Geschädigten und dem Schädiger gegeneinander zustehenden Geldforderungen vollzog, hat man das Schlagwort der compensatio lucri cum damno hierfür geprägt.

Indessen beschränkt sich diese Bezeichnung nicht allein auf jene Form der Ausgleichung von Schaden und Vorteil; die Wissenschaft hat sie vielmehr auch für alle anderen, unten noch näher zu besprechenden Erscheinungsformen des erwähnten Rechtsvorganges verwandt.

Um aber diesen, für die anders gearteten Fälle, in denen die Ausgleichung in anderer Weise als durch Anrechnung geschieht, inkorrekten Ausdruck zu beseitigen, hat Oertmann in seinem Hauptwerk über diese Frage die alle Erscheinungsformen umfassende Bezeichnung der „Vorteilsausgleichung“ geprägt, die wohl, soweit es nicht bisher schon geschehen ist, von der Wissenschaft durchgehends akzeptiert werden dürfte.

2. Diejenige Lehre,[2]) welche in dem Schaden nur eine Vermögensdifferenz, also nur eine rechnerische Größe sieht, mußte logischerweise der Rechtsfigur der compensatio lucri cum damno die Berechtigung einer selbständigen Existenz absprechen: gibt es für sie doch nur Anrechnungsposten in der Berechnung des endgültigen Schadens, solche negativer Natur; die beeinträchtigenden und solche positiver Natur: die vorteilhaften Einwirkungen des schädigenden Ereignisses. Aus beiden bildet sie durch Verrechnung den Minuendus und erhält, indem sie ihn von dem Subtrahendus, dem Vermögensbestande, wie er sich ohne Dazwischenkunft des schädigenden Ereignisses gestaltet haben würde, abzieht, als Resultat das, was sie als den „Schaden“ anspricht.

Handelt es sich um reinen Geldschaden, bei dem der spätere Ausgleich sich gleichfalls wieder in barem Gelde vollzieht, so ist es an sich belanglos, ob man jener oder der von uns vertretenen Lehre folgt. Das Resultat bleibt das gleiche.

---

[1]) vgl. oben S. 1.

[2]) Oertmann im Archiv für bürgerl. R. Bd. 20 S. 80 ff.

Hingegen erlangt der Unterschied sofort Bedeutung, sobald es sich um Schaden handelt, dessen Ersatz dem in den §§ 249 ff. in den Vordergrund gerückten Prinzip der Naturalherstellung zufolge im Wege der letzteren geschieht. Hierbei können nämlich, insofern sich die Ausgleichung der Vorteile[1]) hier in der Regel im Wege der Herausgabe oder Abtretung vollzieht, Ansprüche und Gegenansprüche entstehen, die sich eben nicht wie die Anrechnungsposten beim Geldersatz durch Addition und Subtraktion miteinander kompensieren können.

Zu einer auch über die vorerwähnten Schwierigkeiten hinweghelfenden Lösung der Frage der compensatio lucri cum damno gelangt man aber, wenn man der hier vertretenen Ansicht vom Schaden folgt und die schädigenden Einwirkungen — d. i. das, was wir als Schaden bezeichnen — von dem sondert, was das schädigende Ereignis an Vorteilen gebracht hat: also zwei voneinander unabhängige, durch das Schadensereignis hervorgerufene „Einwirkungskomplexe", solche positiver und negativer Natur konstruiert. „Hierbei kommt aldann", wie Oertmann[2]) durchaus zu Recht ausführt, „wenn der erstere schädigende Einwirkungskomplex so beschaffen sein sollte, daß er durch Herstellung des ohne das schädigende Ereignis vorhandenen Zustandes beseitigt wird, demgegenüber aus dem Vorhandensein des zweiten nützlichen Einwirkungskomplexes kein begründetes Bedenken hergeleitet werden."

9. In welcher Weise vollzieht sich die Ausgleichung der Vorteile?

§ 16.

Sowohl diese wie in dem folgenden § 17 aufgeworfene Frage ist von Oertmann in seiner Monographie „die Vorteilsausgleichung" in erschöpfender Weise zum Gegenstand der Besprechung gemacht worden. Die Schlußfolgerungen, zu denen er gelangt, sind unabweisbare, wenn man die Statuierung der Naturalherstellung als Mittel des Schadensersatzes und noch dazu als prinzipale Art desselben nicht bloß als auf dem Papier stehend betrachten will.[3])

---

[1]) vgl. hierzu Anm. 1 in Rümelins Besprechung in der Krit. VJSchr. Bd. 42 S. 198.

[2]) vgl. auch Stintzing S. 6.

[3]) vgl. Oertmann S. 229, 233.

Seine Entscheidungen auf positive Normen zu basieren, war ihm zwar nicht immer möglich, indessen ist er ausgehend von dem Fundamentalsatz unseres Obligationenrechts, dem Satz von „Treu und Glauben“ zu einer mit dem im Volke lebenden Rechtsbewußtsein durchaus harmonierenden Lösung jener Frage gelangt.

Wir werden uns deshalb im großen und ganzen darauf beschränken können, seine Ansichten hier wiederzugeben.

Was die in der Überschrift gestellte Frage hinsichtlich der Art und Weise, der Form, anlangt, in der sich die Vorteilsausgleichung zu vollziehen hat, wenn der Schadensersatz durch Naturalherstellung geschieht, so haben wir mit einer dreifachen Möglichkeit zu rechnen.

1. Fast ausschließlich theoretische Bedeutung kommt der beim Geldersatz geläufigsten Form der „Anrechnung“ der erlangten lucra zu. Eine solche ist hierbei nur denkbar, wenn der vom Ersatzpflichtigen zu leistende Ersatz in der Beschaffung gleicher Exemplare derselben Gattung wie derjenigen, der die beschädigten oder verloren gegangenen Stücke angehört haben, besteht und auch das entstandene lucrum in dem Gewinn gleicher Stücke dieser Gattung bestanden hat: „eine bestenfalls außerordentlich seltene Eventualität“.[1])

2. Die andere der drei gedachten Formen stellt die Herausgabe der real erlangten Vorteile dar, die der Ersatzberechtigte durch das Schadensereignis etwa erlangt hat; soweit sie im Erwerb von Sachen bestanden haben, geschieht sie durch Übereignung derselben in specie, beim Geldgewinn genügt eine solche tantundem eiusdem generis; sind Kosten gespart worden oder ist eine Befreiung von Lasten eingetreten, so ist deren Geldeswert zu ersetzen.

Diese Art der Vorteilsausgleichung rechtfertigt sich, abgesehen von dem obigen allgemeinen Grundsatz der Billigkeit, aber auch aus der Bestimmung des § 249 BGB. selbst.[2]) Insofern der Zustand, dessen totale Herstellung dort gefordert wird, den Ersatz des dem Beschädigten entgangenen Gewinnes mitumfaßt — der § 252 regelt nur eine Zweifelsfrage[3]) hinsichtlich dessen Umfanges —

---

[1]) Oertmann S. 231.

[2]) Oertmann S. 233; Kipp bei Windscheid Anm. 6 zu § 258.

[3]) Brock, Das negative Vertragsinteresse, Schlußkapitel.

kann der Ersatzberechtigte nicht nur die „eine Seite der eingetretenen ungünstigen Zustandsänderung herausheben und ihre Beseitigung fordern", er darf vielmehr eine solche Beseitigung nur eben in ihrer Totalität, d. h. unter Miteinbeziehung auch der erlangten lucra fordern.

3. Der Herausgabe der real erlangten lucra, der Vorteile sub 2, steht die Abtretung der als Gewinn erlangten Forderungsrechte gleich. Der Ersatzberechtigte gleicht den durch ihren Erwerb erlangten Vorteil dadurch aus, daß er jene auf den Ersatzpflichtigen zediert.

Allerdings darf dieser Herausgabe- bezw. Abtretungsanspruch nicht zum Inhalt einer selbständigen Klage [1]) gemacht werden. Der Ersatzpflichtige ist vielmehr lediglich auf eine exceptio gegenüber dem auf Schadensersatz gerichteten Anspruch des Gegners beschränkt. Zögert der andere Teil, so kann er nach § 273 die Vornahme der ihm obliegenden Naturalherstellung verweigern.

10. Der Ausgleich der „Überschadensbeseitigung" bei der sogen. Verwandlung von „alt" in „neu".

§ 17.

1. Die in diesem Paragraphen zu behandelnde Frage ist der soeben erörterten nahe verwandt.

Es handelt sich in beiden Fällen darum, zu verhindern,[2]) „daß der Ersatzberechtigte vom Verpflichteten dem Erfolge nach mehr bekommt als worum sein Vermögen durch das Verhalten des Gegners gemindert worden ist"; doch im Hinblick auf die Vorteile, die durch das Schadensereignis hervorgerufen worden sind, hier um den Gewinn, zu dem die Vornahme der Schadensbeseitigung führen kann.[3])

Wir haben oben darüber abgehandelt, daß die Reparatur einer beschädigten Sache und der ihr event. noch hinzugefügte Betrag des Minderwerts den Ersatzberechtigten nicht in jedem Falle verbinden kann, eine solche Herstellung als „genügende" anzunehmen, daß hierdurch nicht selten „Flickwerk" entstände, durch welches

[1]) vgl. Rümelin l. c.; Oertmann a. a. O.
[2]) vgl. Oertmann S. 275.
[3]) s. oben S. 24.

der Anspruch des Gläubigers auf vollwertigen Ersatz nicht verkümmert werden dürfe. Der Ersatz ist hier vielmehr im Wege der Naturalherstellung durch Erneuerung des ehemaligen, d. h. zur Zeit der Beschädigung bestandenen Zustandes, durch sogen. Verwandlung von „alt in neu“ zu leisten.

Indem ich auf diese Weise für meinen alten Rock einen neuen, für mein „verwohntes“ Zimmer ein schönes wohnliches bekomme, werde ich bereichert. Eine solche Bereicherung verträgt sich aber wiederum nicht mit dem Begriff des Schadensersatzes, der, wie schon des öfteren von uns hervorgehoben worden ist, den Geschädigten nichts weiter als „ent“schädigen, ihn vor allem also auch in keine günstigere Position versetzen soll als die gewesen wäre, in der er sich ohne den Schadensfall befunden haben würde.

2. Bei der Unentbehrlichkeit[1]) jener Form der Naturalherstellung für einen vollwertigen Ersatz müssen wir daher einen Ausweg in der Weise suchen, daß das bei dieser Gelegenheit in mein Vermögen gelangende Plus seinerseits wieder zum Ausgleich kommt.

Rechtlos bereichert im Sinne der §§ 812 ff. BGB. bin ich nicht, da ich, wie soeben erwähnt, einen Anspruch auf uneingeschränkten, vollwertigen Ersatz habe, der eben nur in dieser Form geschehen kann. Mit einer hierauf gestützten Klage wird der Schuldner also nicht zum Ziele gelangen.

Eine Klage auf Herausgabe dessen, was objektiv auf Kosten eines Dritten in jemandes Vermögen gekommen ist, ist unserem Recht fremd.

Trotz alledem wird man aber eine Pflicht zum Rückausgleich des Mehrausgleiches nicht leugnen können, ohne sich mit den elementarsten Anschauungen von Recht und Billigkeit in den Beziehungen der Rechtssubjekte zueinander in krassen Widerspruch zu setzen. Wieder muß daher der Satz von Treu und Glauben auch für seine Konstruktion herhalten.

Wir folgen auch hierin Oertmann, der auf demselben Wege zum gleichen Resultate kommt.

3. In welcher Weise hat nun hier der Ausgleich zu geschehen?

a) Im Falle, daß der Ersatz durch reine Naturherstellung erfolgt, hat der Ersatzberechtigte die Differenz von „alt“ in „neu“ in barem Gelde zu erstatten, und zwar, indem er gleichzeitig mit

---

[1]) s. oben S. 24.

Erhalt des Schadensersatzes die beschädigte Sache an den Ersatzpflichtigen herausgibt.

b) Im Falle, daß der Ersatzberechtigte den „Herstellungsaufwand“ fordert, hat er sich von den Reparaturkosten die Differenz des Wertes der ersetzten Sachteile zur Zeit der Beschädigung gegen denjenigen nach erfolgter Reparatur abziehen zu lassen (vgl. §§ 709, 710, 782 HGB.; ROHG. XXIII Nr. 116 S. 355). L. c. werden von Ausbesserungskosten der Schiffe wegen bisheriger Abnutzung derselben Abzüge in gewisser Höhe gestattet, desgleichen, wenn durch die Herstellung eine Verwandlung von alt in neu stattgefunden hat.

Indessen ist eine solche Ausgleichung, wenn auch in der Regel, so doch nicht ausnahmslos geboten; sie hat zu unterbleiben, wenn das Interesse des Ersatzberechtigten dabei zu kurz kommt, also z. B. wenn der durch die Erneuerung geschehende Zuwachs für das Vermögen des Betroffenen nicht in die Erscheinung tritt, für ihn als Vermögenszuwachs nicht fühlbar wird, etwa wenn das beschädigte Kleidungsstück, obschon es zur Zeit der Beschädigung ein „getragenes“ war, von seinem Besitzer doch gleich einem neuen benutzt werden konnte, die Tapete noch Jahre hindurch hätte vorhalten können. Ihm für diesen unfreiwilligen und irrelevanten Zuwachs unerwartet eine Ausgabe aufzubürden, die ihn vielleicht zu einer Zeit trifft, zu der er barer Geldmittel entblößt ist und die den Schadensersatz für ihn dann geradezu zum Verhängnis werden lassen könnte, würde unserem Rechtsempfinden entschieden ebenso widerstreben.

4. Wir haben oben schon angedeutet, daß die Bereicherung, die der Ersatzberechtigte durch die Verwandlung von „alt“ in „neu“ erfahren hat, nicht bloß in der Erneuerung des betreffenden Zustandes besteht, sondern daß derselbe ferner auch noch insofern bereichert wird, als er die beschädigte Sache bezw. das entwertete Recht — denn auch ein solches kann von dem eben bezeichneten Verfahren[1]) betroffen werden —, noch neben jener neuen Sache, neben einem ungeschmälerten Recht erlangt.

Auch diese beschädigte Sache bezw. dieses entwertete Recht muß ich an den Ersatzpflichtigen herausgeben — die Forderung zedieren —, wenn er mir einen vollgültigen Schadensersatz leistet.[2])

[1]) vgl. Fischer S. 258, 259.

[2]) Endemann Anm. 22 § 128.

Indem ich das „Reststück“ ablehne, es also weder als Ersatz gelten noch auch auf denselben zur Anrechnung bringen lassen will, bekenne ich, daß dasselbe für mich ohne Interesse, keinen Wert für mich hat; auch nur unter dieser Voraussetzung werde ich ja in der geschilderten vollkommenen Weise geschützt!

Ist dieses aber der Fall, so ist kein Grund ersichtlich, weshalb ich dem Ersatzpflichtigen, der mich voll entschädigt hat, den für mich unverwendbaren Rest vorenthalten soll.

Mein Interesse ist vollauf befriedigt, durch die Übertragung des Reststückes kann ich ohne irgend welche Einbuße für mich die Strenge seiner Ersatzpflicht mildern: Er kann den alten Rock vielleicht noch tragen, der Anwalt, der mit der Geltendmachung der Forderung gegen den Schuldner so lange gezögert hat, bis derselbe in Vermögensfall geraten ist, kann abwarten, bis jener wieder zu Gelde kommt. Ersatz des vollen Interesses und Einführung alles dessen in das Vermögen des Ersatzpflichtigen, was der Ersatzpflichtige noch von dem Objekt der Schädigung oder anstatt desselben hat, sind voneinander unzertrennlich.[1])

Das Reststück hat der Ersatzberechtigte auf den Verpflichteten zu übertragen und es ihm zu übereignen, das entwertete Recht, die entwertete Forderung an ihn zu zedieren.[2])

5. Diese eben dargestellte Folge läßt sich ohne Schwierigkeit auch analog aus der Bestimmung des § 255 BGB. ableiten. Würde ich nämlich nicht im Besitz der beschädigten Sache bezw. des entwerteten Rechts sein, so würde der Ersatzpflichtige kraft der genannten Vorschrift einen gesetzmäßigen Anspruch auf Abtretung meiner Ansprüche auf die Sache bezw. auf das Recht haben.[3])

Dadurch, daß ich sie „noch“ oder zufällig „wieder“ in Händen habe, kann jener schlechterdings nicht ungünstiger gestellt werden.

Zum Unterschied von § 255 werden hier aber nicht bloß die Surrogatansprüche abgetreten, sondern die beschädigte Sache selbst wird herausgegeben, das entwertete Recht selbst an den Ersatzpflichtigen zediert.

Diese Herausgabe bezw. Abtretung hat wie in dem verwandten Falle der Vorteilsausgleichung Zug um Zug gegen die

---

[1]) Oertmann S. 317.
[2]) Oertmann S. 317ff.; Fischer S. 258ff.; Dernburg II § 34.
[3]) Oertmann l. c.

Ersatzleistung zu erfolgen. Der Ersatzpflichtige darf deshalb mit der Ersatzleistung so lange zurückhalten, bis der Ersatzberechtigte seiner Abtretungspflicht nachkommt.

Hat er vorgeleistet, ohne die Herausgabe der beschädigten Sache oder die Abtretung des entwerteten Rechts gefordert zu haben, so wird man gleichwohl in der Regel keine Nachteile daraus für ihn herleiten dürfen, wird ihm die Nachholung des Versäumten gestatten müssen.[1])

II. Das Naturalherstellungsprinzip und der § 254.

§ 18.

Über den Ersatz eines durch konkurrierendes Verschulden des Schädigers und des Beschädigten hervorgerufenen Schadens trifft der § 254 BGB. Bestimmungen. Daß derselbe im Wege der Naturalherstellung beseitigt werden kann, ja, ohne daß die Voraussetzungen des § 251 BGB. gegeben sind, oder, was in der Regel wohl geschehen dürfte, abweichende Parteivereinbarungen getroffen worden sind, im Wege der Naturalherstellung sogar geschehen muß, kann keinem berechtigten Zweifel unterliegen. Es spricht auch nicht das Mindeste hiergegen! Wenn die eben zitierte Bestimmung die Größe der Ersatzpflicht der Parteien nach dem Grade ihres Verschuldens bestimmt, geschieht dies, falls der Schaden durch Naturalherstellung ersetzt wird, durch anteilige Belastung der Parteien mit dem hierzu erforderlichen Herstellungsaufwande.

---

[1]) vgl. Staudinger Anm. 5 zu § 255.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.